



## Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen Hoffen und Bangen

PETER V. KUNZ

Das Wirtschaftsrecht ist nebst dem Privatrecht, dem öffentlichen Recht sowie dem Strafrecht ein autonomes Rechtsgebiet und bildet sozusagen das «Dach» dazu. Das Wirtschaftsrecht findet seine Rechtsquellen in den übrigen Rechtsgebieten und hat sich insbesondere seit dem Zweiten Weltkrieg aus dem früheren Handelsrecht entwickelt. Nach Ansicht des Autors wird die (bereits heute bestehende) Dominanz des Wirtschaftsrechts, das in weiten Teilen internationales Recht ist, in den nächsten Jahren und Jahrzehnten weiter zunehmen. Die rasanten Entwicklungen der globalen Wirtschaftstätigkeiten – beispielsweise durch technische Neuerungen – werden zusätzliche wirtschaftsrechtliche Fragen aufwerfen: «Internet GV», «Bitcoins», «Crowdfunding» etc. Herausgefordert sind nebst Jusstudenten, Rechtsanwälten, Professoren insbesondere auch Politiker, die immer mehr einem «Ad hocismus» fröhnen, und nicht zuletzt Journalisten. Der Beitrag vermittelt einen Überblick zum Status quo sowie zu möglichen Entwicklungen im ersten Halbjahrhundert.

Le droit économique est une branche juridique autonome, aux côtés du droit privé, du droit public et du droit pénal, et en constitue pour ainsi dire le «cadre». Le droit économique tire ses origines des autres domaines du droit et s'est surtout développé depuis la Seconde Guerre mondiale à partir de l'ancien droit commercial. De l'avis de l'auteur, la prédominance (déjà actuelle) du droit économique, qui relève en grande partie du droit international, va continuer de croître dans les années et décennies à venir. Le développement fulgurant des activités économiques globales – résultant par exemple des innovations technologiques – soulève de nouvelles questions en matière de droit économique: «AG sur Internet», «bitcoins», «crowdfunding», etc. Ce sont non seulement les étudiants en droit, les avocats et les professeurs qui sont mis au défi, mais aussi les politiciens, qui cèdent de plus en plus à une attitude au coup par coup («ad hoc»), ou encore les journalistes. L'article offre un aperçu de la situation actuelle et des développements possibles dans la première moitié du siècle.

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - A. Wirtschaftsrecht
  - B. Einleitung
- II. Ausgewählte Betätigungen
  - A. Rechtsetzung
    - a. Grundverständnis
    - b. Besonderheiten
  - B. Rechtsanwendung
    - a. Grundverständnis
    - b. Besonderheiten
  - C. Rechtsgestaltung
    - a. Grundverständnis
    - b. Besonderheiten
  - D. Juristen(aus-/weiter-)bildung
    - a. Institutionen
    - b. Dozenten
- III. Technische Entwicklungen
  - A. Erleichterungen
  - B. Neuartige Fragestellungen
- IV. Internationalisierungen
  - A. Ausgangslage
  - B. Vergangenheit
  - C. Gegenwart
  - D. Mögliche Zukunft
- V. Einflussnahmen
  - A. Traditionelle Medien
  - B. Social Media
  - C. Verbände sowie weitere «Einflüsterer»
- VI. Inhaltsprognosen
  - A. Legislativer «Ad hoc-ismus»
  - B. Gesellschaftsrecht
    - a. Strukturelles
    - b. Entwicklungen
  - C. Finanzmarktrecht

- a. Strukturelles
- b. Entwicklungen
- D. Konzernrecht
  - a. Strukturelles
  - b. Entwicklungen

## I. Einführung

### A. Wirtschaftsrecht

Der Begriff «Wirtschaftsrecht» hat weder klare Grenzen noch unbestrittene Inhalte. Dieses selbständige Rechtsgebiet fällt sozusagen zwischen Stuhl und Bank. Es befindet sich «quer zu den anderen Rechtsdisziplinen; integriert diese teilweise, statt diese zu substituieren»<sup>1</sup>. Wirtschaftsrecht stellt eine *Kombination* von Privatrecht, von öffentlichem Recht und von Strafrecht dar. M.E. handelt es sich beim Wirtschaftsrecht, etwas trivialisiert, um einerseits

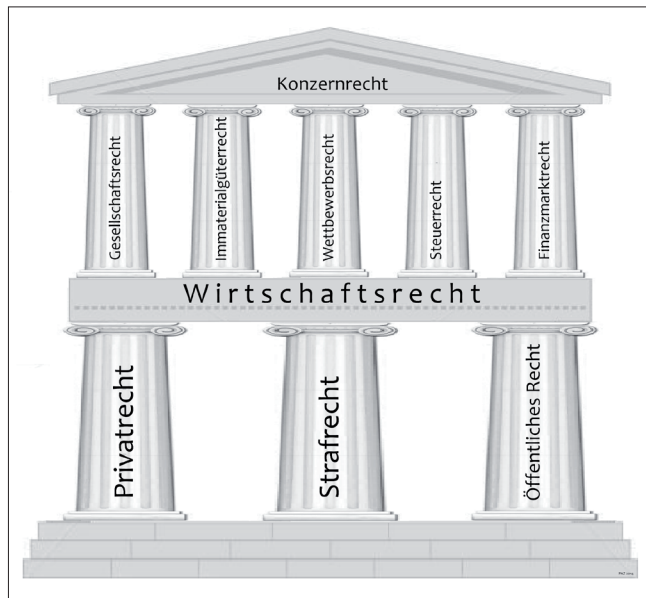
PETER V. KUNZ, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Bern.

Der Autor ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht sowie für Rechtsvergleichung an der Universität Bern, zudem geschäftsführender Direktor des Instituts für nationales und für internationales Wirtschaftsrecht (IWR: [www.iwr.unibe.ch](http://www.iwr.unibe.ch)) sowie derzeit Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; die Ausführungen basieren auf einem Referat des Unterzeichners anlässlich der Hauptversammlung des Luzerner Juristenvereins vom 20. Mai 2014 in Luzern; der Beitrag wurde Ende November 2014 abgeschlossen.

<sup>1</sup> ANDREAS KELLERHALS, Wirtschaftsrecht als Recht der Wirtschaft, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht, Zürich 1995, 9.

die «Krone» sowie andererseits die «Klammer» der anderen drei Rechtsgebiete<sup>2</sup>.

Wissenschaftlich lässt sich dies in erster Linie damit begründen, dass dem Wirtschaftsrecht «als Integrationsdisziplin (...) die Aufgabe [obliegt], in übergreifender Gesamtschau die hergebrachte strenge Dichotomie zu überwinden»<sup>3</sup>. Wirtschaftsrechtler müssen sich in allen Rechtsgebieten bestens auskennen und sind juristische «Mehrkämpfer». Wirtschaftsrecht stellt in jedem Fall eine «Querschnittsmaterie» dar<sup>4</sup>. Seine Verortung im schweizerischen Rechtssystem kann im Wesentlichen wie folgt vorgenommen werden:



<sup>2</sup> Wer eine solche Qualifikation ablehnen sollte, kann trotzdem kaum bestreiten, dass Wirtschaftsrecht «immer schon ein wenig anders» war: PETER V. KUNZ, Zehn bemerkenswerte Auffälligkeiten bei den Revisionen der letzten Jahre im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 104 (2008), 562; bereits in den 1930er Jahren hielt WALTHER HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, in: Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Heft 15, St.Gallen 1939, 19, zur Bearbeitung des Wirtschaftsrechts fest: «Wer diese Arbeit zu leisten übernimmt, muss sowohl das Privatrecht wie das öffentliche Recht beherrschen».

<sup>3</sup> CHRISTIAN J. MEIER, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts – Eine Skizze zum aktuellen Stand der Wirtschaftsrechtsdiskussion, ZSR 101 I (1982), 304 f.; zudem FRITZ RITTNER, Konzeption und Strukturen des Wirtschaftsrechts, in: Festschrift für Peter Ulmer, Berlin 2003, 978: «Das Wirtschaftsrecht ergänzt mithin das Instrumentarium des Privatrechts und des öffentlichen Rechts durch den Gedanken der gesamtwirtschaftlichen Richtigkeit»; Hervorhebung im Original.

<sup>4</sup> In diesem Sinne beispielsweise: GERRICK FREIHERR VON HOYNINGEN-HUENE, Perspektiven des Wirtschaftsrechts (...), ZVGIRWiss 112 (2013), 21.

Im 19. Jahrhundert stellte das Handelsrecht<sup>5</sup> (notabene als Komplementärrechtsgebiet zum Zivilrecht) bzw. nunmehr das Wirtschaftsrecht einen zentralen Teil des *Privatrechts* dar. Das *öffentliche Recht* beeinflusste indes ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts immer mehr das Wirtschaftsrecht, und eine solche Tendenz muss wohl künftig für das 21. Jahrhundert angenommen werden. Trotzdem sind *generelle Aussagen unmöglich*, d.h. es kommt jeweils auf das konkrete Thema an, ob Privatrecht oder öffentliches Recht überwiegt.

## B. Einleitung

Vor diesem Hintergrund dürfte offensichtlich sein, dass Wirtschaftsrecht ein *besonders interessantes Rechtsgebiet* ist, nicht zuletzt angesichts seiner enormen praktischen Relevanz für die Wirtschaftsrealität in der Schweiz (sowie auf globaler Ebene). Der vorgelegte Beitrag kann und soll in keiner Weise «abschliessend» sein, sondern enthält nur, aber immerhin eine *subjektive Auswahl* von spannenden wirtschaftsrechtlichen Themen.

Nach knapp 25 Jahren intensiver Beschäftigung mit dem Wirtschaftsrecht wagt der Unterzeichner einige *Blicke in die «Kristallkugel»*. Ob diese Prognosen in unterschiedlichen Bereichen – z.B. zu Rechtsetzungen<sup>6</sup> oder zu Rechtsanwendungen<sup>7</sup>, zu technischen Entwicklungen<sup>8</sup> (und ihren Einflüssen) sowie zu Internationalisierungen<sup>9</sup> – zutreffen, kann frühestens im Zeitpunkt der *Emeritierung* – bestenfalls (sic!) – *im Jahr 2030* entschieden werden.

Ein spezifischer Fokus des Beitrags, nicht zuletzt *rechtspolitisch* inspiriert, liegt auf *Inhaltsprognosen* zu gewichtigen wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten, nämlich zum Gesellschaftsrecht<sup>10</sup>, zum Finanzmarktrecht<sup>11</sup> sowie zum Konzernrecht<sup>12</sup>. Die anderen Teilrechtsgebiete des Wirtschaftsrechts – also: Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht sowie Steuerrecht<sup>13</sup> – bleiben im

<sup>5</sup> Zur Thematik: PETER JUNG, Gibt es in der Schweiz ein Handelsrecht?, recht 27 (2009), 43 ff.; ausserdem: ALEXANDER BRUNNER, Was ist Handelsrecht?, AJP/PJA 19 (2010), 1531 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu hinten II.A.

<sup>7</sup> Vgl. dazu hinten II.B.

<sup>8</sup> Vgl. dazu hinten III.

<sup>9</sup> Vgl. dazu hinten IV.

<sup>10</sup> Vgl. dazu hinten VI.B.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hinten VI.C.

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten VI.D.

<sup>13</sup> Traditionellerweise – und an den meisten Universitäten in der Schweiz – wird das *Steuerrecht* zum *öffentlichen Recht* gezählt; anders verhält es sich an der Universität Bern, die m.E. richtigerweise erkannt hat, dass das Steuerrecht einen Teil des Wirtschaftsrechts darstellt.

Grossen und Ganzen ausserhalb der folgenden Betrachtungen.

## II. Ausgewählte Betätigungen

### A. Rechtsetzung

#### a. Grundverständnis

Unter sog. *Rechtsetzung* wird eine *hoheitliche* Ordnung von *generell-abstrakter* Natur verstanden<sup>14</sup>; regelmässig wird (gerade im Bereich des Finanzmarktrechts) von «Regulierung» gesprochen<sup>15</sup>. Rechtsetzungen kommen auf Bundesebene, auf Kantonsebene sowie auf Gemeindeebene vor<sup>16</sup>, und zwar auf *sämtlichen* *Regelungsstufen*, d.h. es bestehen Verfassungsnormen, Gesetzesnormen sowie (Rechts-)Verordnungsnormen.

Im 20. Jahrhundert gab es regelmässig heftige rechtspolitische Auseinandersetzungen betreffend *mehr* «Regulierung» einerseits oder *mehr* «Deregulierung» andererseits, und die Debatten dauern nach wie vor an<sup>17</sup>. M.E. kann momentan eine *Tendenz zur Regulierung* (Stichworte: Rechnungslegung, «Abzocker» etc.) festgestellt werden<sup>18</sup>. Eine Trendwende scheint nicht absehbar, was sich u.a. auf die *Berufsaussichten* auswirken wird<sup>19</sup>.

#### b. Besonderheiten

Im schweizerischen Handelsrecht gibt es kein «Handelsgesetzbuch» o.Ä. Vielmehr wurde bewusst dem *Prinzip des «Code unique»* gefolgt, d.h. das gesamte Privatrecht wurde, zumindest im Grossen und Ganzen, in einem einzigen Erlass – konkret: ZGB inklusive OR – geregelt. In den letzten Jahren kam es indes zu *Dekodifikationen* u.a. im Gesellschaftsrecht<sup>20</sup>, und eine solche Tendenz scheint auch für die Zukunft absehbar<sup>21</sup>.

Im gesamten Wirtschaftsrecht – besonders ausgeprägt im Finanzmarktrecht – ist im Zusammenhang mit der Rechtsetzung eine *Verlagerung zur Verordnungsgebung* weg von der Gesetzgebung feststellbar<sup>22</sup>. Diese Entwicklung dürfte in Zukunft weitergehen<sup>23</sup>, wobei es legislative Möglichkeiten gibt, um eine demokratische bzw. zumindest eine *parlamentarische Mitsprache* zu sichern (Beispiel: TBTF-Verordnungen)<sup>24</sup>.

Seit einiger Zeit wird die Tendenz zur Regulierung rechtspolitisch kritisiert («Overkill»). Mit gutem Grund wird auf positive Beispiele einer *Selbstregulierung* hingewiesen<sup>25</sup>, deren Grenzen in den letzten Jahren jedoch mehrfach aufgezeigt wurden (Stichwort: Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008). M.E. könnte bzw. sollte darüber diskutiert werden, ob eine «Regulierungsbremse»

<sup>14</sup> Rechtsetzung meint «vorwegnehmend-distanzierte, generalisierende Regelung oder Programmierung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle, als Schaffung von Ordnungsmustern für wiederholbares künftiges Geschehen oder von Modellen für zwischenmenschliches Verhalten»: GEORG MÜLLER, Funktionen der Rechtssetzung im modernen Staat, ZBl 97 (1996), 100.

<sup>15</sup> Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) publizierte «Leitlinien zur Finanzmarktregulierung» im Jahr 2013, die sie gemäss Art. 7 Abs. 5 FINMAG (SR 956.1) und in Rücksprache mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement zu erlassen hatte; generell: ROLF H. WEBER/THOMAS ISELI, Richtlinien für die Finanzmarktregulierung – Bedeutung und Umsetzung, SZW 78 (2006), 339 ff.; zudem: MYRIAM SENN, Finanzmarktregulierung – Zurückschauend oder vorausschauend?, SZW 83 (2011), 249 ff.

<sup>16</sup> Das Wirtschaftsrecht wird (grundsätzlich) ausschliesslich auf *Bundesebene* geregelt; ausnahmsweise finden sich auf *Kantonsebene* ebenfalls wirtschaftsrechtliche Bestimmungen (nämlich einerseits kantonales Steuerrecht sowie andererseits – das Bundesrecht ergänzende – kantonale Regulierungen zu Kantonalbanken).

<sup>17</sup> Statt aller: JEAN NICOLAS DRUEY, Wirtschaftsrecht – leben und lehren, ZSR 120 I (2001), 6 f.; HANS CASPAR VON DER CRONE/TATJANA LINDER, Regulierung: Reputation, Vertrauen und Verantwortung, in: Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 732 f.

<sup>18</sup> Hinweise zu dieser aktuellen Entwicklung: PETER V. KUNZ, Corporate Governance – Tendenz von der Selbstregulierung zur Regulierung, in: Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, 471 ff.

<sup>19</sup> Die «Nachfrage» nach *Wirtschaftsjuristen* wird m.E. im 21. Jahrhundert weiterhin zunehmen, und zwar nicht nur im Bereich der Rechtsetzung (z.B. bei legislativen Vorarbeiten in der Bundesverwaltung) oder deren rechtspolitischen Beeinflussung (etwa durch

Wirtschaftsverbände bei Vernehmlassungen), sondern in erster Linie bei den Folgen solcher Regulierungen; Beispiel: Tätigkeiten der «Legal Compliance» werden künftig weite Teile der Wirtschaft – nicht allein die Finanzbranche – prägen.

<sup>20</sup> Allg.: SUSANNE GENNER, Dekodifikation, Diss. Bern 2006, *passim*; im gesellschaftsrechtlichen Vordergrund stehend: *Fusionsgesetz* (FusG: SR 221.301) sowie *Bucheffektengesetz* (BEG: SR 957.1); in den anderen wirtschaftsrechtlichen Teilrechtsgebieten (z.B. im Finanzmarktrecht, im Immaterialgüterrecht sowie im Wettbewerbsrecht) haben immer schon *Spezialgesetze* vorgeherrscht.

<sup>21</sup> Für das *Aktienrecht* wäre dies m.E. wünschbar: Vgl. dazu hinten VI.B.a.

<sup>22</sup> Die meisten Erlasse des *Finanzmarktrechts* sind in der Schweiz als Rahmengesetze ausgestaltet, so dass zwangsläufig detaillierte Rechtsverordnungen, basierend auf legislativen Delegationen, erlassen werden; infolge des strikten Legalitätsprinzips im Abgaberecht (jüngst beispielsweise: BGE 140 I 180 Erw. 5.2.) erscheinen die Möglichkeiten insbesondere im *Steuerrecht* erheblich eingeschränkt.

<sup>23</sup> M.E. würde beispielsweise eine auf dem Aktienrecht beruhende «Verordnung zur Corporate Governance» durchaus Sinn machen: vgl. dazu hinten VI.B.a.

<sup>24</sup> Bei den Verordnungen betreffend «Too Big To Fail» (TBTF) wurden *parlamentarische Genehmigungsvorbehalte* vorgesehen, die zu Abstimmungen im Eidgenössischen Parlament führten.

<sup>25</sup> Lange (und bewährte) Tradition genießt die Selbstregulierung v.a. im *Finanzmarktrecht*, die teils zu Mindeststandards geführt haben; grundlegend: THOMAS JUTZI, Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, 197 ff.

für (wirtschaftsrechtliche) Rechtsetzungen einzuführen wäre<sup>26</sup>.

Entgegen den meisten Vorurteilen gegenüber der *Europäischen Union* laufen in diesem Zusammenhang legislative Bemühungen zur Reduktion der Regulierungslast. In der Schweiz wurde im Jahr 2014 vom «Think Tank» *Avenir Suisse* ein rechtspolitisches Diskussionspapier mit dem Titel «Auswege aus dem Regulierungsdickicht» publiziert<sup>27</sup>.

Die Wirtschaftsrealität sowie das Wirtschaftsrecht sind *hochkomplexe Themen*. Aus rechtsstaatlichen sowie aus demokratischen Überlegungen darf es zu keiner «Expertokratie» kommen. Nichtsdestotrotz ist bei zahlreichen «technischen» Wirtschaftsrechtsfragen (Fusionsrecht, Bucheffektenrecht<sup>28</sup> etc.) schon heute – und wohl erst recht in Zukunft – der «normale» *Parlamentarier überfordert* und somit auch *externen Einflüssen* ausgesetzt<sup>29</sup>.

## B. Rechtsanwendung

### a. Grundverständnis

Die sog. *Rechtsanwendung* stellt, etwas trivialisiert, eine vollzogene Rechtsetzung dar. Im Wesentlichen handelt es sich um *individuell-konkrete* Umsetzungen durch Gerichte oder durch Behörden, und zwar durch Norminterpretationen. Entschieden wird zwar in erster Linie ein Einzelfall, doch kann dadurch eine allgemeine Regel gebildet werden, die prinzipiell für jedermann gilt. Dadurch wird Rechtssicherheit geschaffen.

Die *Interpretation der Rechtsetzung* folgt – v.a. bei Gerichten – einer *Methodik*, die nicht allein in der Schweiz gilt, sondern geradezu global anerkannt ist. In diesem Zusammenhang werden traditionellerweise *vier Auslegungselemente* berücksichtigt, nämlich grammatikalische, historische, systematische sowie teleologische. Das Bun-

desgericht folgt seit vielen Jahren einem «*pragmatischen Methodenpluralismus*» bei der Norminterpretation<sup>30</sup>.

### b. Besonderheiten

Die Methodik mit verschiedenen Auslegungselementen lässt sich auf das 19. Jahrhundert zurückführen<sup>31</sup>. Im 21. Jahrhundert dürfte *keine methodische Revolution* erfolgen. Zum *Wirtschaftsrecht* sind immerhin methodische Besonderheiten erkennbar<sup>32</sup>. Beispielsweise verweist das Bundesgericht immer wieder auf eine Praktikabilität der Normauslegung<sup>33</sup> oder auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (Motto: «Substance over Form»)<sup>34</sup>.

M.E. gab und gibt es *keine spezifische «Wirtschaftsrechtsmethodik»*; Abweichungen vom klassischen Kanon der Auslegung brauchen legislative Rechtfertigungen bzw. Grundlagen, die in aller Regel fehlen. Aus diesem Grund müssen beispielsweise ein «rechtsvergleichendes Auslegungselement»<sup>35</sup> sowie eine «harmonische Auslegung» *abgelehnt* werden.

<sup>26</sup> Diverse *legislative Grundmechanismen* kommen in Frage, die m.E. nicht notwendigerweise Regulierungen verhindern, als vielmehr zur Reflexion anregen sollen; als Beispiele: Evaluationspflichten, Berichterstattungspflichten, Regulierungsfolgeabschätzungen, ein (selektives) Verordnungsveto oder schliesslich ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis bei Abänderungen am legislativen Status quo.

<sup>27</sup> Jüngst wird eine *unabhängige Prüfstelle* zur Evaluierung von Erlassen vorgeschlagen: NZZ Nr. 223 (2014), 23: «Gefangen im Regulierungsdickicht».

<sup>28</sup> Vgl. dazu hinten III.A.

<sup>29</sup> Die *Qualität der wirtschaftsrechtlichen Rechtsetzung* muss m.E. seit einigen Jahren ernstlich hinterfragt werden, und zwar nicht zuletzt wegen eines zunehmenden «Ad hoc-ismus»: Vgl. dazu hinten VI.A.

<sup>30</sup> Aus dem Prinzip des pragmatischen Methodenpluralismus folgt u.a., dass *keine «Rangordnung»* zwischen den verschiedenen Elementen besteht; als Beispiele zu dieser Praxis: BGE 140 IV 5 Erw. 3.1.; BGE 139 III 415 Erw. 2.5.1.; BGE 138 II 224 Erw. 4.1., BGE 137 V 376 Erw. 5.1.; statt aller: HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 17 (1999), 157 ff.; generell zu den (vergleichbaren) Methoden ausserhalb der Schweiz: GÜNTER HAGER, Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009, 2. Kap., N 57 ff.

<sup>31</sup> Die Doktrin verweist auf *Friedrich Carl von Savigny* sowie auf *Rudolf von Jhering*.

<sup>32</sup> Im Detail: PETER V. KUNZ, Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im Wirtschaftsrecht – Überblick sowie Kritik, Richterzeitung vom 30. Mai 2012, Rz. 13 ff. m.w.H.

<sup>33</sup> Praktikabilität wurde bis heute zwar (noch) nicht als «realistisches Auslegungselement» anerkannt; immerhin hielt das Bundesgericht bereits im Jahr 1970 in BGE 96 I 605 f. Erw. 4 fest: «Wie bei der Gesetzgebung (...) ist auch bei der *Auslegung* des Gesetzes eine *Lösung anzustreben*, die «*praktikabel*» ist (...). Auch unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich die Auslegung (...); Hervorhebungen hinzugefügt; aus der jüngeren Praxis als Beispiel: BGE 136 II 119 Erw. 3.3.4.

<sup>34</sup> Das Bundesgericht scheint aber eine *generelle* wirtschaftliche Betrachtungsweise *abzulehnen*: «Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise wäre allenfalls dann möglich, wenn das Gesetz selber einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt wählt, was hier nicht zutrifft, oder wenn eine Gesetzesumgehung (...) vorläge» (BGE 126 III 466 Erw. 3.b.).

<sup>35</sup> PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtsetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), 66 – der Autor wird auf die Thematik, voraussichtlich in naher Zukunft, detaillierter zurückkommen; a.M. jüngst: THOMAS KADNER GRAZIANO, Rechtsvergleichung vor Gericht, RIW 60 (2014), 486; m.E. wird die Bedeutung der Rechtsvergleichung am Bundesgericht – und deren reale Umsetzung – *überschätzt* (Rechtsvergleichung setzt nämlich mehr voraus als das



Bei der Auslegung von Wirtschaftsrecht ist eine Vielzahl von *Behörden* sowie von *Gerichten* involviert<sup>36</sup>. Sowohl auf kantonaler Ebene als auch auf Bundesebene bestehen einige Spezialgerichte (nicht: Ausnahmegerichte)<sup>37</sup>, nämlich z.B. Handelsgerichte<sup>38</sup> sowie seit dem Jahr 2012 das Bundespatentgericht<sup>39</sup>; m.E. dürften in Zukunft zwar weitere *wirtschaftsrechtliche Spezialgerichte* debattiert werden, doch deren Realisierung ist unwahrscheinlich<sup>40</sup>.

## C. Rechtsgestaltung

### a. Grundverständnis

Während Rechtsetzung sowie Rechtsanwendung einheitlich erfolgen, spielt sich die sog. *Rechtsgestaltung* im privaten Bereich ab. Basis stellt die Privatautonomie dar, und zwar insbesondere in Form der Vertragsfreiheit. Rechtsgestaltung setzt *Gestaltungsfreiheit* voraus, was meist dispositives Rechts statt zwingendes Recht bedingt. M.E. werden seit einiger Zeit im Wirtschaftsrecht immer häufiger *Gestaltungsmöglichkeiten reduziert*.

Offensichtlich ist dies beispielsweise im *Gesellschaftsrecht* und insbesondere im Aktienrecht, das in der Schweiz eine lange – und im Ausland meist bewunderte – Tradition der Flexibilität hat<sup>41</sup>. Die (frühere) Vermutung zugunsten von dispositivem Aktienrecht<sup>42</sup> wurde zwar

nicht umgekehrt, indes in der Essenz mindestens für Publikumsgesellschaften<sup>43</sup> in Frage gestellt, und zwar durch die im Jahr 2013 angenommene «Abzocker»-Volksinitiative<sup>44</sup>.

### b. Besonderheiten

M.E. stehen die Zeichen im Wirtschaftsrecht auf «mehr Regulierung» sowie auf «mehr zwingende Vorschriften», dies nicht nur, aber auch im Bereich des Gesellschaftsrechts und erst recht im Zusammenhang mit der anstehenden «grossen Aktienrechtsrevision»<sup>45</sup>. Als Alternative zwischen zwingenden und dispositiven Regelungen gibt es verschiedene «*Opting*»-Varianten, die in Zukunft wohl noch ausgebaut werden dürften<sup>46</sup>.

Im Gesellschaftsrecht geht es bei Rechtsgestaltungen um *Statuten* einerseits sowie um *Aktionärsbindungsverträge* (genereller: Gesellschafterbindungsverträge) andererseits. In der Wirtschaftsrealität zeigt sich seit Jahren eine *zunehmende Konformität* der «Rechtsgestaltungen» mit «Musterstatuten» oder mit «Musterverträgen». M.E. wären Berater aufgefordert, die Gestaltungs-

recht, Berlin/New York 1997, 256 («im Zweifel dispositiver Natur»).

<sup>43</sup> Allg.: CHRISTOPH B. BÜHLER, Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 2013, 541 ff.; zudem: PETER V. KUNZ, Eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (...), Jusletter vom 4. Februar 2013, Rz. 249.

<sup>44</sup> Nunmehr de lege lata: Art. 95 Abs. 3 BV; die bundesrätliche Umsetzung erfolgte im Jahr 2014 durch die mehrheitlich zwingend ausgestaltete Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften (VegüV: SR 221.331); generell: PETER V. KUNZ, Schweiz: Abzockerregulierung, in: Audit Committee Quarterly I/2014, 26 f.

<sup>45</sup> Während das Aktienrecht – zumindest bis anhin – primär als *Organisationsrecht* verstanden wurde, dürfte in Zukunft wohl vermehrt die *Gesellschaftspolitik* im Vordergrund der rechtspolitischen Debatte stehen (z.B. im Zusammenhang mit der Regulierung der Rohstoffbranche oder mit der Einführung einer aktienrechtlichen «Geschlechterquote» – Themen, die eigentlich *gesellschaftsrechtsfremd* sind; am 28. November 2014 wurde ein Revisionsentwurf in die Vernehmlassung geschickt, mit dem u.a. eine «Geschlechterquote» von 30 % bei gewissen Publikumsgesellschaften für VR und für GL vorgeschlagen wird [Art. 734e E-OR]); teils könnte mehr gesellschaftsrechtliche Regulierung allerdings auch mehr Gestaltungsfreiheit mit sich bringen, nämlich etwa wenn *neue Gesellschaftsformen* zugelassen würden: vgl. dazu hinten VI.B.b.

<sup>46</sup> Aktuell im Vordergrund stehen «*Opting*»-Varianten im *Börsengesellschaftsrecht* auf der einen Seite (notabene betreffend obligatorischen Übernahmeangeboten; «*Opting out*»: Art. 22 Abs. 2 BEHG; «*Opting up*»: Art. 32 Abs. 1 BEHG) sowie im *Revisionsrecht* auf der anderen Seite («*Opting out*» im Hinblick auf die eingeschränkte Revision: Art. 727a Abs. 2 OR; möglich ist ausserdem ein «*Opting down*»).

blosse Aufzählen von ausländischen Lehrmeinungen oder Normen aus anderen Rechtsordnungen).

<sup>36</sup> Übersicht (für Leser im Ausland): PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrechtliche Rechtsanwender in der Schweiz, ZVglRWiss 112 (2013), 191 ff., v.a. 194 ff. (Behörden) sowie 198 ff. (Gerichte).

<sup>37</sup> Art. 6 Abs. 1 ZPO spricht von «*Fachgerichten*».

<sup>38</sup> Handelsgerichte gibt es einzig in vier Kantonen: Bern, Zürich, Aargau und St. Gallen.

<sup>39</sup> CYRILL P. RIGAMONTI, Ein Jahr schweizerisches Bundespatentgericht, ZVglRWiss 112 (2013), 292 ff.

<sup>40</sup> Dies dürfte etwa der Fall sein im Hinblick auf ein *Bundesfinanzmarktgericht* (hierzu etwa: JEAN-MARC SCHALLER, Establishing a Federal Capital Market Court of First Instance – Why not?, Jusletter vom 19. April 2010); bereits gescheitert ist allerdings ein ehemals vorgeschlagenes *Bundeswettbewerbsgericht* im Zusammenhang mit der lange geplanten und nunmehr gescheiterten Kartellgesetzrevision.

<sup>41</sup> Dadurch unterscheidet sich das schweizerische insbesondere vom *deutschen Aktienrecht*, das auf dem *Prinzip der Satzungsstrenge* beruht: «Die Satzung [Schweiz: sc. Statuten] kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist» (§ 23 [5] Satz 1 dAktG).

<sup>42</sup> Detailliert: PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 6 N 172 ff. m.w.H.; zudem: PETER FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 13: Gestaltungsfreiheit im Gesellschafts-

möglichkeiten (besser) zu nutzen, doch Skepsis muss überwiegen<sup>47</sup>.

## D. Juristen(aus-/weiter-)bildung

### a. Institutionen

Im Laufe der Jahrzehnte wurde immer wieder in Frage gestellt, ob *Rechtswissenschaft als solche* überhaupt als Wissenschaft qualifiziert werden könne oder nicht<sup>48</sup>; eine solche «Debatte» sollte heutzutage nicht wirklich ernst genommen werden. Es liegt indes an den Rechtswissenschaftlern selber, sich ausreichend seriös zu positionieren, was nicht zuletzt bei *Wirtschaftsrechtlern* nicht immer der Fall zu sein scheint (Stichwort: Interessenkonflikte)<sup>49</sup>. Ohne Zweifel stellt die Jurisprudenz eine «echte» Wissenschaft dar.

Die zentralen rechtswissenschaftlichen Ausbildungen (und Weiterbildungen) erfolgen in der Schweiz an *Universitäten*. Zwar gehören *Fachhochschulen* ebenfalls zu den «Hochschulen», doch ihr praxisorientierter Fokus führt in eine nicht-akademische Richtung. M.E. machen Fachhochschulen im Bereich der Rechtswissenschaft schlicht keinen Sinn<sup>50</sup>, u.a. weil die universitäre Wirtschaftsrechtswissenschaft bewusst «realitätsnah» ist.

Die *Nachfrage nach Wirtschaftsjuristen* wird in der Zukunft erheblich zunehmen (beispielsweise im «Wachstumsbereich» der Legal Compliance). Insofern werden wohl immer mehr Studenten der Jurisprudenz auszubilden sein, notabene ohne entsprechenden Ressourcenausbau für deren Ausbildung. Universitäten werden deshalb in den nächsten Jahren nicht darum herum kommen, für

die Juristenausbildung – ähnlich wie für die Medizinstudenten – entsprechende *Zulassungsbeschränkungen* vorzusehen<sup>51</sup>.

Universitäten sowie finanzkräftige *externe Einflüsse* – etwa eine CHF 100 Mio. Spende der UBS<sup>52</sup> – werden seit einiger Zeit (unter bestimmten Aspekten nicht gänzlich zu unrecht) kritisiert. Als besonders einflussreich erweist sich in diesem Zusammenhang der «*Zürcher Appell*» primär gegen Finanzierungen der (Privat-)Wirtschaft<sup>53</sup>. Trotz Grundsympathie für diese Anliegen muss festgehalten werden, dass dessen prominente Befürworter die *staatlichen «Förderungseinflussnahmen»* mehrheitlich ausblenden<sup>54</sup>.

Das Wirtschaftsrecht ist seit einem Jahrzehnt das «*Wachstumsrechtsgebiet*» schlechthin, das an den meisten Universitäten zu zahlreichen neuen Lehrstühlen geführt hat<sup>55</sup>. Angesichts seiner unbestreitbar immensen Bedeutung für die praktische Wirtschaftsrealität dürfte es in den nächsten Jahren an den zukunftsorientierten Universitäten als Lehrgebiet ausgebaut werden<sup>56</sup>. Dies trifft nicht allein auf die *Masterstufe* zu<sup>57</sup>, sondern ebenfalls auf die *Bachelorstufe*, damit sich jeder Student wirtschaftsrechtliche Minimalkenntnisse aneignet<sup>58</sup>.

<sup>47</sup> M.E. bleibt «*kreatives Potential*» für Statutengestaltungen, aber ebenso für Vertragsgestaltungen regelmässig ungenutzt: PETER V. KUNZ, Statuten – Grundbaustein der Aktiengesellschaft, in: Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 57 ad FN 14 sowie 59.

<sup>48</sup> Allg.: ERNST A. KRAMER, Rechtswissenschaft als Beruf, recht 29 (2011), 49 ff.

<sup>49</sup> Ein nicht unerheblicher Teil der *publizierenden und publizierten Wirtschaftsrechtlern* in der Schweiz sind *Praktiker* (teils mit Titularprofessuren o.Ä.), die Privatgutachten für Klienten – notabene nicht selten ohne entsprechende Offenlegungen bzw. Transparenzen – in Fachpublikationen veröffentlichten, wodurch die «Lehre» (und damit Gerichte) beeinflusst werden können; diese offensichtlichen *Interessenkonflikte* führen immer wieder zu einem «*Systemic Bias*» der angeblichen «Wirtschaftsrechtswissenschaft», und zwar beispielsweise in finanzmarktrechtlichen Publikationen (Beispiel: Retrozessionen); in Deutschland und in der USA – als Beispiele – sind solche heiklen «Personalkonstellationen» kaum zu beobachten.

<sup>50</sup> Rechtswissenschaft gehört denn auch nicht zu den geförderten Fachbereichen: Art. 1 Abs. 1 FHSR (SR 414.71); noch widersinniger wäre m.E. ein *Promotionsrecht* für Fachhochschulen.

<sup>51</sup> Beispiele: Numerus Clausus, Aufnahmeprüfungen, «Amerikanisierungen» etc.

<sup>52</sup> MARKUS MÜLLER, Umstrittenes Universitätssponsoring, NZZ Nr. 100 (2012), 17; generell zur Thematik: PETER ULRICH/MARC CHESNEY, Umstrittenes Universitätssponsoring, NZZ Nr. 168 (2014), 19.

<sup>53</sup> Kritisch zum *Universitätssponsoring*: MARKUS MÜLLER, Akademische Freiheit – Sorgen um ein bedrohtes Gut, in: Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, 381 ff.

<sup>54</sup> Beispielsweise hat der Unterzeichner miterlebt, dass *staatliche Förderinstitutionen* bei Berufungen «*intervenieren*»; hätte es sich um eine Bank oder eine sonstige private Unternehmung gehandelt, wäre von einer «*Riesensauerei*» und einem «*Skandal*» die Rede gewesen – anders offensichtlich beim Staat.

<sup>55</sup> Vor zehn Jahren gab es – als Beispiel – am IWR der Universität Bern erst einen wirtschaftsrechtlichen Lehrstuhl, heute bestehen drei vollamtliche Professuren; es ist absehbar, dass im nächsten Jahrzehnt zusätzliche Professuren hinzu kommen müssen, um die Bedürfnisse abzudecken.

<sup>56</sup> Nebst der *Ausbildung* steht die *Weiterbildung* für Juristen im Vordergrund; es gibt immer mehr wirtschaftsrechtliche Lehrgänge (z.B. «LL.M. Internationales Wirtschaftsrecht» o.Ä.), die entsprechende Nachfragen befriedigen sollen; eine Zunahme für die Zukunft erscheint absehbar.

<sup>57</sup> Traditionell wird Wirtschaftsrecht primär auf Masterstufe gelehrt; beim «*Master Wirtschaftsrecht*» müsste m.E. in Zukunft das *Konzernrecht als Pflichtfach* vorgesehen werden, stellt dieses doch die «*Spitze*» des Wirtschaftsrechts dar (erstaunlicherweise wird Konzernrecht an den meisten Universitäten vernachlässigt).

<sup>58</sup> An der Universität Bern wird auf Bachelorstufe nur, aber immerhin *Gesellschaftsrecht* umfassend gelehrt; es bleibt für die studentische Ausbildung zu hoffen, dass in Zukunft in einer zusätzlichen Bachelorvorlesung weitere *wirtschaftsrechtliche Teilrechtsgebiete*

## b. Dozenten

Im zentralen Fokus sämtlicher universitären Förderungsmassnahmen für Dozenten stehen in der Schweiz zwei Gruppen: *Frauen* auf der einen Seite<sup>59</sup> sowie *Junge* (Stichwort: «Förderprofessuren») auf der anderen Seite; entsprechende Notwendigkeiten werden axiomatisch akzeptiert und selten in Frage gestellt<sup>60</sup>. Angesichts dieser Ein- bzw. Zweiseitigkeit droht indes – anders als etwa in der USA – die Vernachlässigung von *wissenschaftlichen* «*Quereinsteigern*», die unerlässliche Kenntnisse der Wirtschaftsrealitäten mit sich bringen<sup>61</sup>.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen sowohl das *Alter* als auch *praktische Erfahrungen* der Dozenten wesentliche Faktoren. Beispielsweise kann ein 30jähriger Wirtschaftsrechtsprofessor wohl meist nur Theorie lehren (und erforschen). Es gilt also nicht: je jünger, desto besser. Ausserdem sollten Wirtschaftsrechtsprofessoren im Bereich ihrer juristischen Expertise über mehrjährige Berufserfahrungen verfügen<sup>62</sup>. Ein dritter wichtiger Faktor zum Wirtschaftsrecht (anders z.B. im öffentlichen Recht) ist die *Internationalität* der Dozenten<sup>63</sup>, die regelmässige Auslandsaufenthalte hinter sich gebracht haben sollten<sup>64</sup>.

M.E. müssen theoretische Grundlagen sowie praktische Aspekte im Bereich des Wirtschaftsrechts *kombiniert* werden: «Theorie und Praxis sind (...) *keine Gegensätze*. Beide sind sie vielmehr dazu bestimmt, sich zu ergänzen. Juristische Doktrin und juristische Praxis sind aufgerufen, sich mit den gleichen Problemen zu befassen und diese zu lösen»<sup>65</sup>. Heutzutage dominiert an schweizerischen Uni-

versitäten die *Praxisorientiertheit* im Wirtschaftsrecht<sup>66</sup>, was sich in Zukunft allerdings ändern sollte, wenn nicht sogar müsste<sup>67</sup>.

Die Anforderungen an Universitätsdozenten werden sich in Zukunft generell verändern. Im wirtschaftsrechtlichen *Forschungsbereich* müssen Interessenkonflikte transparent(er) gemacht werden; es wäre indes völlig naiv und weder für den Forschungsbereich noch für den Lehrbereich förderlich, Wirtschaftsrechtler sozusagen im «Elfenbeinturm» einzusperren<sup>68</sup>. Technische Entwicklungen werden nicht allein das Wirtschaftsrecht<sup>69</sup>, sondern ebenfalls den *Lehrbereich* nachhaltig prägen; die Bedeutung von «Präsenzvorlesungen» wird abnehmen<sup>70</sup>.

## III. Technische Entwicklungen

### A. Erleichterungen

Die grössten Menschheitsentwicklungen überhaupt erfolgen jeweils basierend auf *technischen Neuerungen*. Entsprechende Entwicklungen schlagen sich oftmals überraschend schnell entweder mittelbar oder unmittelbar im Recht nieder<sup>71</sup>. Regulierungen sehen in der Folge beispielsweise die Grundlagen dafür oder allfällige Schutzmassnahmen dagegen vor. Solche technischen Entwicklungen bringen meist *Erleichterungen* mit sich.

Ersichtlich wird dies – erstes Beispiel – im Finanzmarktrecht, und zwar beim Bucheffektenrecht, das im Jahr 2010 in Kraft trat<sup>72</sup> und u.a. international motiviert

mindestens in *Grundzügen* behandelt werden (vor einigen Jahren war dies noch der Fall beim Immaterialgüterrecht und beim Kartellrecht).

<sup>59</sup> Beim «*Gender*»-Aspekt, der an den Universitäten durch spezifische Personalabteilungen abgesichert wird (nicht zuletzt im Hinblick auf Berufungen von Dozenten), geht es nicht allein um das weibliche Geschlecht, sondern vermehrt um die *Vereinbarkeit von Familie und Beruf* sowie generell um «*Diversity*».

<sup>60</sup> Die Nicht-Kritik entspricht sozusagen einer universitären «political correctness».

<sup>61</sup> Die in der USA üblichen «*revolving doors*» zwischen Privatwirtschaft und Universität sind in der Schweiz fast gänzlich unbekannt; entsprechende «Wechsel» werden skeptisch beobachtet.

<sup>62</sup> Zwar sind Verallgemeinerungen kaum möglich, doch m.E. dürften mindestens 5–10 Jahre *praktische Tätigkeit* zwar nicht hinreichend, aber zumindest notwendig sein.

<sup>63</sup> Die Notwendigkeit ergibt sich aus der *Internationalisierung des Wirtschaftsrechts*, die im 21. Jahrhundert weiter zunehmen wird: vgl. dazu hinten IV.D.

<sup>64</sup> Anders ausgedrückt: Wirtschaftsrecht ist – auch in der Schweiz – internationales Recht.

<sup>65</sup> ERNST HÖHN, Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz?, AJP/PJA 3 (1994), 419; Hervorhebung im Original.

<sup>66</sup> Teils wird eine «Apotheose des Praktischen» beklagt: JEAN NICOLAS DRUEY, Wirtschaftsrecht – leben und lehren, ZSR 120 I (2001), 10.

<sup>67</sup> Voraussetzung dafür wäre, dass eine *universitäre Karriere* für in der Praxis erfolgreiche Juristen *attraktiver* gemacht würde; leider scheint die Entwicklung gerade in die umgekehrte Richtung zu gehen.

<sup>68</sup> Praktische und realitätsorientierte Tätigkeiten *vor und während der Universitätslaufbahn* (z.B. Kommissionsmitgliedschaften, Verwaltungsratsmandate, Gutachten oder Beratungen) wirken sich, wenn in vertretbaren Massen wahrgenommen, nicht zuletzt positiv auf den universitären Lehrbetrieb aus; wenn sich hingegen die aktuellen Tendenzen durchsetzen sollten, wird künftig eine *Generation von «Elfenbeintümlern»* das schweizerische Wirtschaftsrecht prägen und die Jungjuristen ausbilden – mit entsprechenden Folgen.

<sup>69</sup> Vgl. dazu hinten III.

<sup>70</sup> Sog. *MOOCS* («massive open online courses») wird eine grosse Zukunft prophezeit: BARNEY THOMPSON, Virtual value, Financial Times vom 7. Oktober 2014 (Beilage «The Future of the University»), 18 ff.; NZZ Nr. 273 (2014), 43 (Campus: «Der Professor vor der Kamera»).

<sup>71</sup> Dass dies auch Auswirkungen auf die Lehre hat, wird an anderer Stelle erwähnt: Vgl. dazu vorne II.D.b.

<sup>72</sup> Bucheffektengesetz (BEG: SR 957.1).



war<sup>73</sup>. Nach Immobilisierung oder Entmaterialisierung von Massenwertpapieren (z.B. Aktien oder Anleiheobligationen), die auf früheren Konzepten beruhen<sup>74</sup>, schuf das BEG als Spezialgesetz mit der *Bucheffekte* ein neues Vermögensobjekt sui generis<sup>75</sup>. Deren Verwahrung sowie Übertragung erfolgt mittels *Registereintragung* statt physischer «Handhabung»<sup>76</sup>.

Im Gesellschaftsrecht – zweites Beispiel – kann als technische Erleichterung die *Elektronisierung durch Datenbanken* (v.a. Handelsregister)<sup>77</sup> erwähnt werden, und die Modernisierung des Handelsregisterrechts, die im Jahr 2012 initiiert wurde<sup>78</sup>, geht weiter<sup>79</sup>. Durch das *Internet* wird die Transparenz entsprechender Informationen sichergestellt und verbessert<sup>80</sup>. Elektronisierungen erleichtern schliesslich weitere wirtschaftsrechtliche Themenbereiche<sup>81</sup>.

## B. Neuartige Fragestellungen

Das Wirtschaftsrecht und teils auch die anderen Rechtsgebiete sehen sich immer wieder mit neuen, sozusagen

«technisch bedingten» Fragestellungen konfrontiert. Da die technischen Entwicklungen im *21. Jahrhundert nicht absehbar* sind, erscheint die wirtschaftsrechtliche Zukunft in diesem Zusammenhang kaum prognostizierbar. Aktuell werden Themen diskutiert, die vor nur zehn Jahren (noch) kein Thema waren; als Beispiele:

Im Gesellschaftsrecht sollen «*Internet-GV*» sowie «*elektronische GV*» im Rahmen der anstehenden «grossen» Aktienrechtsrevision die Gesellschafterpartizipation erhöhen<sup>82</sup>; dass technische Probleme entsprechende GV in Frage stellen (und Rechtsunsicherheiten mit sich bringen), kann kaum bestritten werden<sup>83</sup>. Elektronisierungen spielen auch in anderen Bereichen der Durchführung von GV eine Rolle (z.B. elektronische Vollmachten)<sup>84</sup>.

Neuartige Fragen sind ausserdem im Finanzmarktrecht zu beantworten. Virtuelle Währungen – wie etwa *Bitcoins* seit dem Jahr 2008<sup>85</sup> – werden zurzeit (noch) nicht reguliert; ohne Regelung dürften sich solche Internetwährungen in der Wirtschaftsrealität indes kaum durchsetzen. Finanzierungs Herausforderungen kann künftig vermehrt durch «*Crowdfunding*» begegnet werden<sup>86</sup>; m.E. ist auch in diesem Bereich mittelfristig eine Regulierung absehbar<sup>87</sup>.

<sup>73</sup> Vgl. dazu hinten IV.C.

<sup>74</sup> Hinweise: PETER V. KUNZ, Legislative Aktivitäten im Finanzmarktrecht – zum Entwurf für ein neues Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz: BEG), in: Anlagerecht SBT 2007, Basel 2007, 25 ff. und v.a. 36 ff. m.w.H.; nunmehr kodifiziert in Art. 973a ff. OR; ausserdem: HARALD BÄRTSCHI, Die rechtliche Umsetzung des Bucheffektengesetzes, AJP/PJA 18 (2009), 1071 ff.

<sup>75</sup> Art. 3 BEG; hierzu im Detail: PETER V. KUNZ, Basler Kommentar – Wertpapierrecht: Bucheffektengesetz, Basel 2012, Art. 3 BEG *passim*; nunmehr: BGE 138 III 139 ff. Erw. 5.2.

<sup>76</sup> Art. 24 ff. BEG; die *Verknüpfung von Urkunde und Recht*, notabene ursprünglicher Zentralinhalt von Wertpapieren (Art. 965 OR), fällt bei Bucheffekten weg, was die Verkehrsfähigkeit technisch erleichtert.

<sup>77</sup> Der *elektronische Geschäftsverkehr* wird immer wichtiger: Art. 929a OR sowie Art. 12b ff. HRegV; allg.: PETER V. KUNZ, Herausforderungen zum Handelsregisterrecht in der Gegenwart und in der Zukunft (...), REPRAX 2/3/08, 138 ff. und v.a. 145.

<sup>78</sup> Eine Expertenkommission entwickelte im Jahr 2010 eine «*Vision*» zum Handelsregisterrecht, die zwei Jahre später in einen *Vorentwurf* zur OR-Revision («Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen») mündete; die im Jahr 2013 publizierte «Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse» zeigt auf, dass die *Modernisierungsvorschläge kontrovers* sind und in weiten Kreisen abgelehnt werden, d.h. die Zukunft der Gesetzesrevision muss heute als offen bezeichnet werden.

<sup>79</sup> Beispiele *de lege ferenda*: Aufbau eines elektronischen (gesamtschweizerischen) Handelsregisters sowie Obligatorium von Anmeldungen und Belegen in elektronischer Form; Details zu den Vorschlägen gibt ein «Erläuternder Bericht» vom 19. Dezember 2012.

<sup>80</sup> Zur *Unentgeltlichkeit* über Internet: Art. 12 Abs. 1 HRegV.

<sup>81</sup> Auswahl *de lege lata*: elektronische Signatur (z.B. Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR sowie Art. 59a OR); Datenaufbewahrung bei Revisionsstellen (Art. 730c Abs. 1 OR), Buchführung (Art. 957a Abs. 3/Abs. 5 OR) sowie Rechnungslegung (z.B. Art. 958f Abs. 3 OR).

<sup>82</sup> Art. 701d E-OR («Internet-GV» bzw. «Cybergeneralversammlung») sowie Art. 701c E-OR («elektronische GV» bzw. «virtuelle GV»); allg.: INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet (...), in: Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 223 ff.; BRIGITTE TANNER, Generalversammlung ohne Tagungsort (...), in: Festgabe für Peter Forstmoser, Zürich 2008, 165 ff. und v.a. 172 ff.; SASCHA DANIEL PATAK, Die virtuelle Generalversammlung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Luzern 2005, *passim*.

<sup>83</sup> Art. 701f Abs. 1 E-OR sieht vor: «Treten während der Generalversammlung auf Seiten der Gesellschaft technische Probleme auf, so dass die Generalversammlung nicht nach Massgabe des Gesetzes und der Statuten durchgeführt werden kann, so muss sie wiederholt werden».

<sup>84</sup> Übersicht: PETER V. KUNZ, Evolution ins 21. Jahrhundert – oder: Zukunft der Generalversammlung von Aktiengesellschaften in der Schweiz, AJP/PJA 20 (2011), 155 ff. und v.a. 159 ff.

<sup>85</sup> Generell: MICHAEL KUNZ, Elektronisches Geld hat Zukunft, NZZ Nr. 112 (2014), 29; für Deutschland: MIRKO SPRENGNETH/HANS PETER WÄCHTER, Aufsichtsrechtliche Hürden für «virtuelle Währungen» am Beispiel von Bitcoin, RdF 2.2014, 114 ff.

<sup>86</sup> Zum Grundverständnis für diese Finanzierungsmöglichkeit (als Übersicht): PETER V. KUNZ, Crowdfunding: Wann erwachen die Politiker?, Handelszeitung Nr. 30/31 vom 24. Juli 2014, 23; als Auslegeordnung: PETER HETTICH, Finanzierungsquellen für KMU im Zeitalter von Crowdfunding, GesKR 2013, 386 ff.

<sup>87</sup> In diesem Sinne: PETER V. KUNZ, Crowdfunding, Jusletter vom 25. August 2014, Rz. 62 f. sowie Rz. 68 f.



## IV. Internationalisierungen

### A. Ausgangslage

*Wirtschaftsrecht* war seit jeher (und ist nach wie vor) *internationales Recht*, was auf die übrigen Rechtsgebiete – Privatrecht, öffentliches Recht sowie Strafrecht<sup>88</sup> – nicht oder nicht im gleichen Ausmass zutrifft<sup>89</sup>. Die Schweiz stellte nie eine «Insel» dar, d.h. *grenzüberschreitende Einflüsse* auf die Rechtsordnung bestanden zu allen Zeiten. Während die Schweiz früher teils ihr Recht zu «exportieren» vermochte<sup>90</sup>, werden seit einigen Jahren ausländische Rechtsinstitute vermehrt ins schweizerische Recht «importiert»<sup>91</sup>.

Für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr bedarf es – notabene zur Effizienzsteigerung – insbesondere *Rechtsstandardisierungen*. Insofern kann kaum erstaunen, dass sich Internationalisierungen sowie Globalisierungen meist unmittelbar oder zumindest mittelbar im Wirtschaftsrecht betroffener Staaten (z.B. in der Schweiz) niederschlagen. Konsequenterweise kommt es im Wirtschaftsrecht seit Jahrzehnten teils de facto und teils de iure zu *internationalen Rechtsangleichungen*, die sich nationenübergreifend auswirken<sup>92</sup>.

### B. Vergangenheit

Nicht jede Länderordnung beeinflusst andere Landesrechte. *Dominante Rechtssysteme* aus Staaten, die in den jeweiligen Zeitperioden beispielsweise in wirtschaftlicher, politischer, militärischer oder kultureller Hinsicht als

«vorherrschend» gelten, kommt eine massgebliche Rolle zu<sup>93</sup>. Dominante Rechtssysteme gab es in der Menschheitsgeschichte immer wieder (z.B. in der Antike das römische Recht oder im Mittelalter das kanonische Recht).

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts dominierte *Frankreich* die Rechtsentwicklungen<sup>94</sup>, und zwar nicht zuletzt in der Schweiz. Diese Rolle wurde, etwas trivialisiert, v.a. im Anschluss an den Deutsch-Französischen Krieg von 1871/1872 allmählich von *Deutschland* übernommen<sup>95</sup>, das allerdings seine «juristische Vormachtstellung» im Lauf des 20. Jahrhunderts – primär nach dem Zweiten Weltkrieg – für ein Jahrhundert an die *USA* abgab<sup>96</sup>.

Die anfangs des 20. Jahrhunderts entstandene Wissenschaftsdisziplin der *Rechtsvergleichen* bildet Rechtskreise bzw. Rechtsfamilien zur Kategorisierung der zahlreichen Länderordnungen. Im Verlauf des 20. Jahrhunderts sind der «Deutsche Rechtskreis» sowie der «Romanische Rechtskreis» zum «Europäischen Rechtskreis» verschmolzen<sup>97</sup>, zu dem m.E. ebenfalls die *Schweiz* gehört, und zwar unbeschadet der fehlenden EU-Mitgliedschaft<sup>98</sup>.

### C. Gegenwart

Eine *Amerikanisierung* des schweizerischen Rechts, insbesondere des Wirtschaftsrechts<sup>99</sup>, dauert zu Beginn des 21. Jahrhunderts – vorerst – nach wie vor an. Zahlreiche Regelungen wurden entweder durch Inspirationen (z.B. im Börsenrecht) oder durch Pressionen der USA in die Rechtsordnung der Schweiz «eingebracht»; bei der letzteren Variante wird das schweizerische Ergebnis meist als

<sup>88</sup> Vgl. dazu vorne I.A.

<sup>89</sup> Die folgenden Ausführungen wurden in einer früheren Publikation ausführlich dargelegt, so dass darauf verwiesen werden kann: PETER V. KUNZ, Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 30 (2012), 37 ff. m.w.H.

<sup>90</sup> Das bekannteste Beispiel für einen solchen «Export» findet sich in der *Türkei*, die im Jahr 1926 weite Teile des schweizerischen ZGB übernahm: ERNST E. HIRSCH, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, SJZ 50 (1954), 337 ff.; schweizerisches Recht wurde zudem «exportiert» in den Nahen Osten, nach Nordafrika, nach Südamerika (v.a. Peru), nach Italien, nach Griechenland sowie ins republikanische China.

<sup>91</sup> Ein «Import» ist m.E. einzig möglich, wenn das *schweizerische* Recht dafür ein entsprechendes *legislatives «Einfallstor»* enthält; im Detail: PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 108 (2009), 31 ff. und v.a. 39 ff.

<sup>92</sup> Dies gilt selbst für das *Gesellschaftsrecht*, das im Wesentlichen *nationales Recht* ist; unbeschadet dessen funktionieren AG in der Schweiz ähnlich wie in Deutschland, in der USA, in Japan, in Korea oder im Iran, d.h. die *wirtschaftsrechtlichen* Ordnungen *gleichen sich an*.

<sup>93</sup> Dominante Rechtssysteme zeichnen sich nicht allein durch *Expansionismus*, sondern ebenfalls durch *Isolationismus* aus, wofür die «Save the State Amendment» in Oklahoma/USA ein eindrückliches Beispiel ist.

<sup>94</sup> Der *Code civil* («Code Napoléon») von *Napoléon Bonaparte* aus dem Jahr 1804 prägte zahlreiche Privatrechtsordnungen auf der ganzen Welt.

<sup>95</sup> Deutschland sowie Frankreich beeinflussten in weiten Teilen das im Entstehen befindliche *Privatrecht der Schweiz*, u.a. das Gesellschaftsrecht des OR 1881.

<sup>96</sup> Hierzu: OTTO SANDROCK, Über das Ansehen des deutschen Zivilrechts in der Welt – Von der «Weltstellung» des deutschen zur «Hegemonie» des U.S.-amerikanischen Rechts, ZVglRWiss 100 (2001), 39.

<sup>97</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz (...), recht 24 (2006), 50 f.

<sup>98</sup> Der «Europäische Rechtskreis» erscheint mit der *EU nicht deckungsgleich*.

<sup>99</sup> Im Jahr 1997 wurde von PETER BÖCKLI, Osmosis of Anglo-Saxon Concepts (...), in: The International Practice of Law, Basel 1997, 9, in Bezug auf die schweizerische Rechtsordnung noch festgehalten: «An Osmosis of Anglo-Saxon concepts in the field of business law is going on in Switzerland».

«*Lex Americana*» bezeichnet<sup>100</sup>. M.E. wird sich dies mit zunehmendem Bedeutungsverlust der USA in den nächsten Jahren ändern.

Das Schweizer Recht wurde (und wird) ausserdem durch umliegende Staaten – insbesondere durch Deutschland, aber auch durch Frankreich und teils durch Italien – auf verschiedenen Ebenen beeinflusst. Sowohl bei Rechtsetzungen als auch bei Rechtsanwendungen kann sogar von einem eigentlichen «*Nachbarländer-Komplex*» der Schweiz gesprochen werden. Gelegentlich werden nationale Gesetzgebungsprojekte schliesslich durch *multilaterale Entwicklungen* motiviert, wie dies beispielsweise auf das Bucheffektenrecht zutrifft<sup>101</sup>.

Das *Recht der EU* einerseits sowie *Europäisches Recht* andererseits gelangen durch legislative «Einfallstore» in die Rechtsordnung der Schweiz. Beispiele für die *Rechtsetzung* sind: Eklektik, EU-Kompatibilitätsprüfung von Bundesgesetzen<sup>102</sup> oder autonomer Nachvollzug von EU-Recht<sup>103</sup>; betreffend *Rechtsanwendung* stellen z.B. europarechtskonforme Auslegungen<sup>104</sup> sowie Lückenfüllungen entsprechende «Einfallstore» dar. Unterschiedliche «Einfallstore» finden sich – als Beispiel – im Kollektivanlagenrecht<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Dies traf vor Jahren auf die *Insidergesetzgebung* (Art. 161 StGB) zu; in jüngerer Zeit wird das *Revisionsaufsichtsrecht* in dieselbe «Kategorie» eingeordnet: HANS PETER WALTER, Das Revisionsaufsichtsrecht als *Lex Americana*, ST 82 (2008), 134 f.; das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG: SR 221.302) wird als «neueste[s] Beispiel amerikanischer Hegemonie» bezeichnet: PETER FORSTMOSER, Wirtschaftsrecht im Wandel – Erfahrungen aus vier Jahrzehnten, SJZ 104 (2008), 134 f.; Hervorhebung des Originals weglassen.

<sup>101</sup> Vgl. dazu vorne III. A.; die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht verabschiedete im Jahr 2002 das *Haager Wertpapierübereinkommen* (HWpÜ); allg.: DANIEL GIRSBERGER/MARTIN HESS, Das Haager Wertpapierübereinkommen, AJP/PJA 15 (2006), 992 ff.

<sup>102</sup> Rechtsgrundlage u.a.: Art. 141 Abs. 2 ParlG (SR 171.10).

<sup>103</sup> Allg. zur Thematik: PETER FORSTMOSER, Der autonome Nach-, Mit- und Vorvollzug europäischen Rechts (...), in: Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, 523 ff.; BRUNO SPINNER/DANIEL MARITZ, EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug, in: Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, 127 ff.

<sup>104</sup> Als Beispiele: BGE 129 III 335, BGE 130 III 182 oder BGE 137 III 226; statt vieler: WOLFGANG WIEGAND, Zur Anwendung von autonom nachvollzogenem EU-Privatrecht, in: Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, 171 ff. m.w.H.

<sup>105</sup> Hinweise: PETER V. KUNZ, Europa als ein Massstab für das schweizerische Wirtschaftsrecht? Rechtsvergleichende Fragestellungen zu einem «Weg nach Europa» anhand des neuen Kollektivanlagenrechts, in: Festschrift für Eugen Bucher, Bern 2009, 468 ff. und v.a. 470 ff.

## D. Mögliche Zukunft

Dass die *EU-Rechtsordnung* aktuell das schweizerische Recht – nicht allein das Wirtschaftsrecht – dominiert, kann nicht bestritten werden<sup>106</sup>. Daran dürfte sich in den nächsten Jahren wenig ändern. Diese Feststellungen haben nichts mit politischen oder ideologischen Präferenzen zu tun. Der Unterzeichner sieht sich selber als *Skeptiker der EU*, deren Zukunft heute nicht abschätzbar erscheint. Insofern muss wohl im Lauf des 21. Jahrhunderts mit einem zunehmenden *Bedeutungsverlust des Europäischen Rechts* gerechnet werden.

M.E. werden Internationalisierungen in den kommenden Jahrzehnten vor allem in zwei Bereichen fortgesetzt werden. Auf der einen Seite dürften *internationale Organisationen* weiterhin (und noch vermehrt) die nationalen Rechtsordnungen intensiv beeinflussen<sup>107</sup>; auf der anderen Seite wird *China* – sofern kein «politischer Zerfall» wie in der UdSSR vorkommt – ein dominantes Rechtssystem darstellen, das sich u.a. auf die Schweiz auswirken wird<sup>108</sup>.

Für die Zukunft sind *Juristen aus der Schweiz* gut beraten, ihre Sprachkompetenzen auszubauen und zu verbessern sowie möglichst Auslandsaufenthalte während oder nach dem Studium in ihre Lebensplanungen einzubauen. Sicher ist heutzutage einzig, dass die internationalen Herausforderungen zu- statt abnehmen werden. Lehr- und Forschungsinstitutionen sollten in diesem Zusammenhang vermehrt die Wissenschaftsdisziplin der *Rechtsvergleichung* fördern, die Grundlagen zur Bewältigung dieser Zukunftsaufgaben bereitstellt<sup>109</sup>.

## V. Einflussnahmen

### A. Traditionelle Medien

Wirtschaftsthemen und damit auch das Wirtschaftsrecht als deren legale Basis waren während Jahrzehnten schlicht *nicht im Blickfeld* traditioneller Medien (Zeitungen, Radio, Fernsehen etc.). Dies hat sich seit Beginn des 21. Jahrhunderts geändert. In den Medien gibt es immer mehr «Gefässe», die sich spezifisch mit solchen Themen

<sup>106</sup> Vgl. dazu vorne IV.C.

<sup>107</sup> Beispiele: WTO, OECD, IMF, FSB oder G20.

<sup>108</sup> Immer mehr Studenten der Rechtswissenschaft z.B. in Deutschland oder in der Schweiz lernen Chinesisch und machen einen LL.M. in China.

<sup>109</sup> M.E. muss z.T. eine *universitäre Vernachlässigung der Rechtsvergleichung* beklagt werden.

beschäftigen<sup>110</sup>; tatsächlich ist Wirtschaftsberichterstattung irgendetwas *fast «sexy»* geworden.

Die Zunahme der Wirtschaftsberichterstattung (sowie der entsprechenden Nachfrage nach wirtschaftsrechtlicher Expertise)<sup>111</sup> in den letzten Jahren überrascht nicht. Auf der einen Seite kann die *faktische Wichtigkeit* von Wirtschaftsthemen für die Bevölkerung erwähnt werden, d.h. jedermann ist betroffen und will wissen, was vor sich geht<sup>112</sup>. Auf der anderen Seite hilft die seit einiger Zeit zunehmende *Personifizierung* – sei es im Guten oder im Schlechten – der Attraktivität der Wirtschaftsberichterstattung<sup>113</sup>.

Das Interesse des (internationalen) Medienpublikums an Wirtschaftsthemen wird in jüngster Zeit ausserdem durch *investigativen Journalismus* unterstützt. Bekannt wurde insbesondere ein «International Consortium of Investigative Journalists» (ICIJ), das in den letzten Jahren verschiedene angebliche «Skandale» *enthüllt* hat<sup>114</sup>.

Wirtschaftsberichterstattungen werden in der Zukunft (weiter) zunehmen<sup>115</sup>. M.E. liegt die grösste Herausforderung für die Medien in der *Wirtschafts(rechts)kompetenz* der Journalisten, die nicht immer über alle Zweifel erhaben erscheint. Es liegt im Interesse der Medien, die juristischen bzw. wirtschaftsrechtlichen Fachkenntnisse der Journalisten zu verbessern, wird doch dadurch die

*Unabhängigkeit* gestärkt sowie die *Manipulierbarkeit* reduziert<sup>116</sup>.

## B. Social Media

*Social Media* («soziale Medien») gewinnen gegenüber traditionellen Medien ständig an Einfluss, und zwar nicht zuletzt in der Wirtschaftsrealität. Kollaboratives Schreiben führt von medialen Monologen zu einem potentiell breiten Publikum, was Social Media für die Wirtschaft interessant macht. Es kann zudem *jeder sein eigener Journalist* sein<sup>117</sup>.

Nicht zuletzt von *professoraler Seite* werden Social Media (z.B. Blogs und Twitter) – wohl anstelle traditioneller Interviews, die Anfragen durch die Medien voraussetzen – immer stärker genutzt, wobei in der Schweiz sowohl Ökonomen<sup>118</sup> als auch Juristen<sup>119</sup> involviert sind. M.E. bieten Social Media *grosses Potential* nicht zuletzt für das Wirtschaftsrecht<sup>120</sup>.

## C. Verbände sowie weitere «Einflüsterer»

Nicht allein traditionelle Medien<sup>121</sup> sowie Social Media<sup>122</sup> beeinflussen die Wirtschaft (sowie das Wirtschaftsrecht), sondern ebenfalls *professionelle Interessenvertreter*; dies wird sich in Zukunft nicht ändern, ganz im Gegenteil. In der Schweiz im Fokus von Verbänden<sup>123</sup>, von PR-Agenturen, von «Think Tanks»<sup>124</sup>, von «Lobbyisten» etc. stehen *Politiker* sowie *Behörden*. Auf politischer Ebene erscheint die Interessenvertretung umfassend.

<sup>110</sup> Im *Schweizer Radio und Fernsehen* (SRF) kann beispielsweise die Sendung «ECO», die seit dem Jahr 2007 ausgestrahlt wird, erwähnt werden; doch auch in den zentralen Nachrichtensendungen im Fernsehen (z.B. «Tagesschau» oder «10vor10») oder im Radio (etwa im «Tagesgespräch» oder in der «Samstagsrundschau») wird immer häufiger und intensiver über Geschehnisse der Wirtschaftsrealität berichtet.

<sup>111</sup> In den letzten Jahren standen der Unterzeichner und andere Professoren den Medien immer wieder unentgeltlich als «Experten» zur Verfügung (die Mehrzahl der Wirtschaftsrechtsprofessoren unterlässt dies indes u.a. infolge von Interessenkonflikten); im Regelfall sind die Journalisten – so zumindest die persönliche Erfahrung – an objektiven Analysen und Einordnungen interessiert, vereinzelt geht es aber auch um eigentlichen «Thesenjournalismus», der heikel erscheint.

<sup>112</sup> Dies gilt etwa für die globale *Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008* (und die damalige «Rettung» der UBS in der Schweiz), durch die breite Bevölkerungs- und Anlegerschichten verunsichert wurden.

<sup>113</sup> Ohne Wertung erwähnt seien – als Beispiele – Daniel Vasella (ehemals Novartis), Brady Dougan (Credit Suisse), Thomas Minder («Abzocker»-Initiative) oder Dominique Biedermann (Ethos Stiftung), deren Namen bei den *meisten Medienkonsumenten* spezifische *Assoziationen im Erinnerungsbild* auslösen dürften.

<sup>114</sup> April 2013: «Offshore-Leaks»; November 2014: «Luxemburg-Leaks».

<sup>115</sup> Es scheint m.E. wahrscheinlich, dass künftig auch immer häufiger rechtspolitische «Kampagnen» *geführt* werden via (oder durch) Medien, wie dies heute nur, aber immerhin vereinzelt der Fall ist (Beispiele: Retrozessionen und Anlegerschutz; Rohstoffhandel und Menschenrechtsschutz).

<sup>116</sup> Der Unterzeichner (sozusagen als «second opinion» für Medienschaffende) hat mehrere Fälle miterlebt, bei denen Journalisten mit einseitigen oder unkorrekt erklärten *Informationen «gefüttert»* wurden, um eine bestimmte Geschichte – z.B. gegen ein Konkurrenzunternehmen – zu «motivieren».

<sup>117</sup> Den Anschein einer zufälligen Leserbriefsammlung hinterlässt momentan beispielsweise ein Internetblog, auf dem – teils zu komplexen Wirtschaftsfragen (Beispiel: «Systemrelevante Genossenschaft?» – zwar ungefragt, aber umso heftiger «Expertenmeinungen» publiziert werden.

<sup>118</sup> Beispiel: «Das Forum für Schweizer Wirtschaftspolitik» («Batz.ch»).

<sup>119</sup> Beispiel: «Wirtschaftsregulierung – Blog» («regulierung.ch»).

<sup>120</sup> Die *aktuellen juristischen* Beispiele erscheinen teils noch etwas oberflächlich.

<sup>121</sup> Vgl. dazu vorne V.A.

<sup>122</sup> Vgl. dazu vorne V.B.

<sup>123</sup> Auswahl von Wirtschaftsverbänden: Economiesuisse, Swiss-holdings, Schweizerische Bankiervereinigung (Swiss Banking), Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB) sowie UNiA.

<sup>124</sup> Beispielsweise stammt ein konkreter Vorschlag für eine «Regulierungsbremse» – vgl. dazu vorne II.A.b. – aus dem Jahr 2014 von *Avenir Suisse*.



*Wirtschaftsverbände* nehmen teilweise verschiedene Funktionen wahr. Auf der einen Seite geht es fast immer und in erster Linie um politische Mitwirkungen im Rahmen von *Rechtsetzungen* (z.B. bei Vernehmlassungsverfahren)<sup>125</sup>. Auf der anderen Seite sind zumindest einige Wirtschaftsverbände, basierend auf Selbstregulierungen<sup>126</sup> etwa zum Finanzmarktrecht oder zum Gesellschaftsrecht, zusätzlich als *Selbstregulatoren* tätig.

## VI. Inhaltsprognosen

### A. Legislativer «Ad hoc-ismus»

M.E. hat sich die *Qualität der wirtschaftsrechtlichen Rechtsetzung* in den letzten zwanzig Jahren teils dramatisch verschlechtert. Es gibt dafür nicht eine exklusive Ursache, sondern vielmehr eine Kombination von Gründen. Zu nennen sind beispielsweise die Überforderung vieler Parlamentarier<sup>127</sup> sowie Einflussnahmen durch Dritte<sup>128</sup>. Im Vordergrund dürfte indes in erster Linie die zeitgeistige Tendenz zum «Ad hoc-ismus» stehen.

Dabei handelt es sich um kein neuartiges Phänomen. In den letzten Jahren gab es diverse Beispiele von legislativem «Ad hoc-ismus» im Wirtschaftsrecht; als Auswahl: das Revisionsrecht<sup>129</sup>, die börsenrechtliche Stimmrechtssuspendierungsklage<sup>130</sup> sowie die (mehr oder weniger aktuelle) «grosse» Aktienrechtsrevision<sup>131</sup>. Es erscheint absehbar, dass es in diesem Zusammenhang *eher schlechter als besser* werden dürfte.

Die folgenden *wirtschaftsrechtlichen Prognosen* sind spekulativ. Die (rechtspolitische) Agenda wird durch «Ad hoc-ismus» determiniert. Auf eine umfassende Wirtschaftsrechtsprognose soll verzichtet werden<sup>132</sup>, d.h. der Fokus liegt auf dem Gesellschaftsrecht<sup>133</sup>, auf dem Finanzmarktrecht<sup>134</sup> sowie auf dem Konzernrecht<sup>135</sup>; andere Teilrechtsgebiete des Wirtschaftsrechts dürften in Zukunft *ebenfalls umfassend umgestaltet* werden.

## B. Gesellschaftsrecht

### a. Strukturelles

Gesellschaftsrecht stellt konzeptionell *Organisationsrecht* dar, d.h. es geht, etwas trivialisiert, um Rechtsregeln zum Funktionieren von Unternehmungen bzw. von Gesellschaften. Nebst *einfachen Gesellschaften* (Art. 530 ff. OR) spielen *AG* sowie *GmbH* die zentralen Rollen in der schweizerischen Wirtschaftsrealität<sup>136</sup>. Infolge der überragenden Bedeutung von KMU in der Schweiz sind ausserdem *Einzelunternehmungen* wichtig<sup>137</sup>.

Das schweizerische Aktienrecht ist – anders als viele ausländische Gesellschaftsrechtsordnungen (gerade etwa in Deutschland) – nicht allein für grössere Unternehmen, sondern für sämtliche Gesellschaftsgrössen geeignet<sup>138</sup>. Nichtsdestotrotz stehen in der Rechtspolitik meist *Grossunternehmungen* sowie *kotierte* Gesellschaften<sup>139</sup> im Vordergrund.

<sup>125</sup> Vereinzelt wurden sogar *private Gesetzesentwürfe* vorgelegt.

<sup>126</sup> Statt aller: ALBRECHT LANGHART, Rahmengesetz und Selbstregulierung (...), Diss. Zürich 1993, 85 ff.; ausserdem: LUZIUS MADER/BERNHARD RÜTSCH, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung (...), ZSR 123 II (2004), 95 ff.; jüngst wird nun eine «*Ko-regulierung*» – politisch kaum realisierbar – vorgeschlagen: URS ZULAUF, Koregulierung statt Selbstregulierung, Jusletter vom 4. November 2013, *passim*.

<sup>127</sup> Vgl. dazu vorne II.A.b.

<sup>128</sup> Vgl. dazu vorne V.C.

<sup>129</sup> Die Neufassung des Revisionsrechts wurde der Überarbeitung des GmbH-Rechts in einem «*Huckepackverfahren*» sozusagen «aufgepfropft»: PETER FORSTMOSER, Im Huckepackverfahren und auf der Überholspur – Zwei fragwürdige «Novitäten» schweizerischer Gesetzgebung, NZZ Nr. 44 (2007), 27.

<sup>130</sup> Gemeint ist die *frühere* Version gemäss Art. 20 Abs. 4<sup>bis</sup> aBEHG: PETER V. KUNZ., Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsenrecht – Eine neue Sanktion bei Meldepflichtverletzungen mit grossem Drohpotential, SZW 80 (2008), 283 sowie 286; in der Zwischenzeit erfolgte eine Revision des Börsenrechts, die neue Probleme mit sich bringt.

<sup>131</sup> Vgl. dazu hinten VI.B.b.

<sup>132</sup> Nebst der Rechtsetzung dürfte ebenfalls die Rechtsanwendung betroffen sein; m.E. dürften bereits in absehbarer Zukunft z.B. «*Dissenting Opinions*» ebenfalls in schweizerischen Urteilen vorkommen; im Jahr 2014 wurde eine Motion eingereicht, die eine Revision des Bundesgerichtsgesetzes in dem Sinne verlangte, dass «Urteile des Bundesgerichtes auch abweichende Meinungen (dissenting opinions) wiedergeben können»: Motion 14.3667 («Bundesgericht. Dissenting opinions») durch die Kommission für Rechtsfragen NR.

<sup>133</sup> Vgl. dazu hinten VI.B.

<sup>134</sup> Vgl. dazu hinten VI.C.

<sup>135</sup> Vgl. dazu hinten VI.D.

<sup>136</sup> M.E. wird es in nicht allzu ferner Zukunft in der Schweiz *mehr GmbH als AG* geben; letztere bleiben künftig – wie etwa in Deutschland – den «Grossunternehmen» (u.a. kotierten Gesellschaften) vorbehalten.

<sup>137</sup> Einzelunternehmen sind *keine Gesellschaften*, sondern *natürliche Personen*, die einen *kaufmännischen Betrieb* führen; detailliert: FLORIAN JÖRG, Die Einzelunternehmung, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 77 ff.

<sup>138</sup> Die in den 1960er bzw. 1970er Jahren geführte *aktienrechtliche «Typologie»-Debatte* (im Hinblick auf die Auslegung des Aktienrechts de lege lata) erweist sich seit einigen Jahren als rechtlich irrelevant.

<sup>139</sup> Kotiert sind nicht die Gesellschaften als solche, sondern deren Beteiligungspapiere; das Börsenrecht hat für diese Unternehmungen als «Lex specialis» ein eigentliches *Börsengesellschaftsrecht* eingeführt.

Gewerbekreise heben jedoch die andauernde *Wichtigkeit von KMU* für die schweizerische Wirtschaft hervor. Mit der im Jahr 2012 initiierten, ungewissen Revision des Handelsregisterrechts<sup>140</sup> sollen u.a. gesellschaftsrechtliche Erleichterungen für KMU eingeführt werden<sup>141</sup>. In den letzten Jahren hat sich in der Schweiz ein *KMU-Statut* entwickelt<sup>142</sup>, und zwar durch verschiedene Regelungen<sup>143</sup> – m.E. erscheint ein Ausbau de lege ferenda wünschbar.

## b. Entwicklungen

Ein *gesellschaftsrechtlicher Revisionsbedarf* – notabene für verschiedene Unterteilrechtsgebiete (primär für das Aktienrecht, für das Genossenschaftsrecht<sup>144</sup>, für das Personengesellschaftsrecht<sup>145</sup> sowie für das Konzern[gesellschafts]recht<sup>146</sup>) – wird zwar seit vielen Jahren immer wieder bejaht<sup>147</sup>. Mit Ausnahme der aktuellen «grossen» Aktienrechtsrevision, bereits im Jahr 2005 initiiert<sup>148</sup> und zwischenzeitlich durch die «Abzocker»-Thematik gebremst (und seither erweitert), wurde im letzten Jahrzehnt wenig unternommen<sup>149</sup>.

Das Gesellschaftsrecht wird über kurz oder lang weniger als Organisationsrecht ausgestaltet werden als vielmehr *gesellschaftspolitisch motiviert* sein. In diesem Zusammenhang müssen rechtspolitische Tendenzen beispielsweise zu «Diversity» (inklusive «Gender»), zur Corporate Social Responsibility (CSR)<sup>150</sup> oder zu Menschenrechten<sup>151</sup> verstanden werden<sup>152</sup>.

Der *Numerus Clausus* – sei es als Typenzwang oder als Typenfixierung – zu den zulässigen Gesellschaftsformen steht heute und wohl auch in Zukunft nicht ernsthaft zur Debatte<sup>153</sup>. Immerhin könnte der *NC künftig erweitert* werden, wie das vor einigen Jahren der Fall war<sup>154</sup>. M.E. könnte und sollte sich die Rechtsetzung vermehrt um die Personengesellschaften kümmern und insbesondere zwei neue Typen<sup>155</sup> zulassen<sup>156</sup>, nämlich *Partnerschaft*

folgen erleichtern sollte; zu den Entwicklungen im *Aktienrecht* im Verlauf der letzten Jahre: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, Einleitende Bemerkungen N 15 ff.; als Überblick zum neuen *Recht der GmbH* aus dem Jahr 2008: PETER V. KUNZ, Grosse GmbH-Reform als Chance und Herausforderung für schweizerische Unternehmungen (...), Jusletter vom 30. April 2007.

<sup>140</sup> Vgl. dazu vorne III.A.

<sup>141</sup> Beispielsweise wurde in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, bei Gründungen von kleinen Unternehmungen auf die *öffentliche Beurkundung* zu verzichten.

<sup>142</sup> Allg.: DOROTHEA HERREN, Das KMU-Statut: ein flüchtiges Ziel, Jusletter vom 6. November 2006, *passim*; zudem: PETER FORSTMOSER, Zur Zukunft des schweizerischen Körperschaftsrechts, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 470 ff.

<sup>143</sup> Beispiele: *Umstrukturierungsrecht* (v.a. Art. 2 lit. e FusG), *Revisionsrecht* sowie *Rechnungslegungsrecht*; der legislative Fokus wird wohl immer stärker auf die *Wirtschaftsform* als auf die Gesellschaftsform gelegt, d.h. das gesellschaftsrechtliche «Siloprinzip» (PETER FORSTMOSER, Vom Kriechgang in den Schnellgang im Schweizer Wirtschaftsrecht, NZZ Nr. 302 [2007], 29) erscheint mittelfristig fast obsolet.

<sup>144</sup> TIZIAN TROXLER, Das Genossenschaftsrecht muss entstaubt werden, NZZ Nr. 159 (2013), 27; frühe Vorschläge für eine Genossenschaftsrechtsrevision: PETER FORSTMOSER, Die Genossenschaft – Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft?, SAG 46 (1974), 155 ff. v.a. 162 ff.

<sup>145</sup> Statt aller: PETER V. KUNZ, Recht der KMU: Personengesellschafts- und GmbH-Recht (...), Bern 2008, 8.

<sup>146</sup> Vgl. dazu hinten VI.D.

<sup>147</sup> Allg.: PETER V. KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. A., Bern 2012, 222 ff.

<sup>148</sup> Zum aktienrechtlichen *Vorentwurf von 2005*: PETER V. KUNZ, Status quo der «grossen Aktienrechtsrevision» – Ein legislatives Mammutprojekt für das 21. Jahrhundert, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht III, Bern 2008, 125 ff.; zum aktienrechtlichen *Entwurf*: PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts (...), SJZ 104 (2008), 333 ff.

<sup>149</sup> Immerhin wurde zur geplanten Revision des *Firmenrechts* (insbesondere bei Personengesellschaften) am 19. November 2014 eine Botschaft publiziert, die in erster Linie die Unternehmensnach-

<sup>150</sup> PETER FORSTMOSER, Corporate Responsibility und Reputation (...), in: Unternehmen – Transaktion – Recht, Zürich/St. Gallen 2008, 197 ff.; ROLF WATTER/TILL SPILLMANN, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat (...), GesKR 2006, 94 ff.; ANNE MIRJAM SCHNEUWLY, Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik, Diss. Freiburg 2012, *passim*.

<sup>151</sup> Allg. zur Thematik: CHRISTINE KAUFMANN, Wirtschaft und Menschenrechte (...), AJP/PJA 22 (2013), 744 ff.; PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in: Liber Amicorum für A. Donatsch, Zürich 2012, 703 ff.

<sup>152</sup> Generell: PETER V. KUNZ, Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Berner Gedanken zum Recht, Bern 2014, 217 ff. und v.a. 231 ff.

<sup>153</sup> Allg.: PETER FORSTMOSER, Abschied vom Numerus Clausus im Gesellschaftsrecht?, in: Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 78 ff.

<sup>154</sup> Das im Jahr 2007 in Kraft getretene Kollektivanlagengesetz (KAG: SR 951.31) führte einerseits die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK) sowie andererseits die Investmentgesellschaft mit variablem Aktienkapital (SICAV) ein: Art. 36 ff. KAG bzw. Art. 98 ff. KAG.

<sup>155</sup> PETER V. KUNZ, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten bei Personengesellschaften in der Schweiz, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 174 m.w.H.; zur PmbH detailliert: PETER BÖCKLI, Partnerschaft mit beschränkter Haftung – ein Vorschlag de lege ferenda, in: Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 17 ff.; zudem: DOROTHEA HERREN-SENN, Die vorgeschlagene Partnerschaft mit beschränkter Haftung (PmbH): Würde die PmbH die GmbH verdrängen?, SZW 80 (2008), 269 ff.; bei der GmbH & Co. KG wäre eine *ersatzlose Streichung* von Art. 594 Abs. 2 OR ausreichend.

<sup>156</sup> M.E. sollte ausserdem – wie in anderen Ländern (z.B. in Deutschland und in Österreich) – die *stille Gesellschaft* als Sonderform der einfachen Gesellschaft *gesetzlich geregelt* werden, um beste-

ten mit beschränkter Haftung (PmbH) sowie GmbH & Co. KG.

Im Aktienrecht erscheinen zwar zahlreiche, teils strukturelle Neuerungen als sinnvoll<sup>157</sup>, doch muss deren Umsetzung bezweifelt werden; als Beispiele: Erlass eines Schweizerischen Aktienrechtsgesetzes (CH AktG im Sinne einer Dekodifikation) sowie einer Corporate Governance Verordnung, Zulässigkeit eines Austrittsrechts sowie eines Ausschlussrechts, von GV-Zirkularbeschlüssen und schliesslich von «Segmentsaktien» («Tracking Stock»)<sup>158</sup>.

Es besteht in der Schweiz bis anhin keine umfassende Ordnung zu Einzelunternehmungen. Vielmehr sind zahlreiche Einzelbestimmungen zu spezifischen Fragestellungen (Beispiele: Eintragungspflicht, Geschäftsfirma oder kaufmännische Buchführung) zu berücksichtigen. M.E. wäre insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit sowie zur Stärkung der KMU eine *gesetzliche Ordnung* sinnvoll<sup>159</sup>; bis zum heutigen Zeitpunkt wurde dieses rechtspolitische Anliegen weder von der Politik noch von der Bundesverwaltung aufgenommen.

## C. Finanzmarktrecht

### a. Strukturelles

Das Finanzmarktrecht als zentrales Teilrechtsgebiet des Wirtschaftsrechts<sup>160</sup> stellt, mindestens im Grossen und Ganzen, Bundesrecht dar<sup>161</sup>. Die entsprechenden Bundesgesetze sind meist als *Rahmengesetze* ausgestaltet<sup>162</sup>, d.h. das regulatorische «Fleisch am Knochen» findet sich in

erster Linie auf Verordnungsebene. Nebst Regulierungen auf der einen Seite haben *Selbstregulierungen* – unbesehen dessen, ob «unecht»<sup>163</sup> oder «echt»<sup>164</sup> motiviert – auf der anderen Seite eine lange Tradition gerade im Finanzmarktrecht.

Bereits seit Jahrzehnten wird der Finanzmarkt in der Schweiz *vertikal reguliert*, was bedeutet, dass die zahlreichen Finanzintermediäre wie Banken, Versicherungen, Effektenhändler, kollektive Kapitalanlagen etc. in Spezialgesetzen erfasst werden («Säulenmodell»)<sup>165</sup>. Nur, aber immerhin zwei Bundeserlasse sind bis anhin horizontal ausgerichtet, also für alle Finanzintermediäre gleichermaßen gültig, nämlich einerseits das FINMAG sowie andererseits das GwG<sup>166</sup>. In diesem Bereich soll in Zukunft ein *Paradigmenwechsel* erfolgen<sup>167</sup>.

### b. Entwicklungen

Die Finanzbranche im Allgemeinen sowie die Bankenbranche im Besonderen stehen seit einigen Jahren national und international – ohne Zweifel: meist selbstverschuldet – im negativen Fokus der Medien sowie der Politiker («Skandalitis»), was zu *vermehrten Regulierungen* führt und weiterhin führen wird. Daran dürfte sich in den nächsten Jahren wenig ändern. Insbesondere wird auf absehbare Zeit der *Bedeutungsverlust der Selbstregulierung*, notabene ein schweizerischer Erfolgsfaktor der Vergangenheit, voranschreiten.

Im Bereich der *Regulierung* soll in naher Zukunft eine «neue Finanzmarktarchitektur» eingeführt werden, was einen bedeutsamen strukturellen Paradigmenwechsel gegenüber der bisherigen Vertikalregulierung<sup>168</sup> darstellen

hende Rechtsunsicherheiten zu beseitigen; ebenfalls rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht bei *kaufmännischen einfachen Gesellschaften*; zur aktuellen Rechtslage: LUKAS HANDSCHIN, Kaufmännische einfache Gesellschaften, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 31 ff.; PETER JUNG, Die einfache Gesellschaft als Betreiberin eines kaufmännischen Gewerbes, in: Festschrift für Roland Ruedin, Basel 2006, 3 ff.

<sup>157</sup> Übersicht: PETER V. KUNZ, Aktienrechtsrevision 20xx, Jusletter vom 2. Februar 2009, Rz. 122 ff.

<sup>158</sup> In der Schweiz wird die Thematik selten debattiert: THERESE AMSTUTZ, Spartenaktien (Tracking Shares), in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2010/2011, Zürich 2011, 39 ff.

<sup>159</sup> G.L.M.: PETRA RIHAR, Das Einzelunternehmen im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Luzern 2007, 237; die Autorin legt *ausformulierte Textentwürfe* zum OR bzw. zur HRegV vor: a.a.O. 239 ff.

<sup>160</sup> Vgl. dazu vorne I. A.

<sup>161</sup> Während v.a. das Gesellschaftsrecht, das Immaterialgüterrecht sowie das Kartellrecht ausschliesslich Bundesrecht sind, gibt es im Steuerrecht sowie im Finanzmarktrecht auch kantonale Regeln; *kantonales Finanzmarktrecht* befasst sich in erster Linie mit den *Kantonalbanken*.

<sup>162</sup> Zentrale *Ausnahme* ist das *BEG*, das in keiner Verordnung ausgeführt wird.

<sup>163</sup> Bei der «unechten» *Selbstregulierung* wird dem Selbstregulator eine Rechtssetzungskompetenz des Staates «delegiert», d.h. die delegierende Instanz behält ein Mitsprache- bzw. ein Interventionsrecht, indem diese Selbstregulierungen beispielsweise genehmigt werden müssen (Beispiel: *Kotierungsrecht*, das von den Börsen «erlassen» und von der FINMA genehmigt wird: Art. 4 Abs. 2 BEHG).

<sup>164</sup> Keine staatliche Mitwirkungsmöglichkeit besteht hingegen bei der «echten» *Selbstregulierung*, in deren Bereich der Selbstregulator völlig autonom tätig ist (Beispiel: «Swiss Code of Best Practice» des Wirtschaftsdachverbands «Economiesuisse»); eine solche Selbstregulierung kommt in der Praxis nicht selten vor, um – sozusagen als Präventivschlag – eine staatliche Regulierung zu verhindern.

<sup>165</sup> PETER V. KUNZ, Sinn und Unsinn der «Kleeblattreform», NZZ Nr. 211 (2014) 21.

<sup>166</sup> Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG: SR 955.0).

<sup>167</sup> Vgl. dazu hinten VI.C.b.

<sup>168</sup> Vgl. dazu vorne VI.C.a.



würde. Das künftige Finanzmarktrecht soll, etwas trivialisiert, einem «Dachmodell» (statt «Säulenmodell») zum Durchbruch verhelfen. Der Finanzmarkt soll im Wesentlichen *horizontal reguliert* werden:

Nebst dem GwG und dem FINMAG sollen *drei neue Bundeserlasse* als Querschnittsmaterien den Finanzmarkt umfassend legislatorisch abdecken<sup>169</sup>, nämlich ein Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), ein Finanzinfrastrukturgesetz (FINFRAG) sowie schliesslich ein Finanzinstitutsgesetz (FINIG). Die Zukunft dieser «Kleeblatt»-Reform erscheint im Jahr 2014 völlig offen. Obwohl ein struktureller Umbau *konzeptionell sachgerecht* erscheint, würde m.E. der Paradigmenwechsel (zu) grosse Probleme mit sich bringen<sup>170</sup>.

Der «Finanzplatz Schweiz» wird in den nächsten Jahren einen *grundlegenden Strukturwandel* erleben<sup>171</sup>, dem eine Vielzahl von Finanzintermediären ökonomisch «zum Opfer fallen» werden. Unbesehen der Zukunft eines FIDLEG ist heute schon absehbar, dass künftig die Externen bzw. *Unabhängigen Vermögensverwalter* (UVV) in jedem Fall umfassender reguliert werden. Über kurz oder lang wird zudem die Berechtigung von *Kantonalbanken* hinterfragt werden müssen<sup>172</sup>, zumindest was die Thematik der Staatsgarantie betrifft<sup>173</sup>.

## D. Konzernrecht

### a. Strukturelles

Bei sog. *Konzernen* («Unternehmensgruppen») handelt es sich im Wesentlichen um Gruppen von rechtlich selbständigen, aber wirtschaftlich abhängigen Unternehmungen bzw. von «verbundenen Gesellschaften»<sup>174</sup>. Für einen Konzern braucht es *mindestens zwei Unternehmen* (sc. eine Obergesellschaft sowie Untergesellschaft[en])<sup>175</sup>, die unter einer einheitlichen Leitung stehen<sup>176</sup>. Die Rechtsqualifikation von Unternehmensgruppen ist seit Jahren bzw. seit Jahrzehnten umstritten<sup>177</sup>; m.E. können Konzerne – in Ausnahmefällen – als *einfache Gesellschaften* (Art. 530 ff. OR) qualifiziert werden<sup>178</sup>.

In der schweizerischen *Wirtschaftsrealität* sind Konzerne *weit verbreitet* (nach Schätzungen sollen ca. 70% der Gesellschaften zu einer Unternehmensgruppe gehören)<sup>179</sup>. *Konzernrecht* stellt einen Oberbegriff dar und meint im Wesentlichen das Recht, das sich unmittelbar oder mittelbar mit Konzernen beschäftigt. Insofern gibt es nicht einfach «das» Konzernrecht, sondern eine *Vielzahl von Unterteilrechtsgebieten*: Konzerngesellschaftsrecht, Konzernfinanzmarktrecht, Konzernimmateriälgüterrecht, Konzernwettbewerbsrecht, Konzernsteuerrecht, Konzernvertragsrecht, internationales Konzernrecht etc.

<sup>169</sup> Es handelt sich um ein etwas abenteuerliches «Solo»-Legislativprojekt der Bundesverwaltung, das im Wesentlichen ohne «politische Absicherung» (und sogar ohne Erwähnung in der Legislaturplanung), also sozusagen «out of the blue» in die politische Debatte eingeführt wurde; u.a. angesichts der *zweifelhaften Qualität der Rechtsetzung* im Wirtschaftsrecht (vgl. dazu vorne VI.A.) muss ein solches Vorgehen überraschen.

<sup>170</sup> PETER V. KUNZ, Braucht es eine neue Architektur des Finanzmarktrechts für die Schweiz?, Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik, Hrsg. SECO, 7/8–2014, 18 ff.; m.E. wäre wohl das grösste Problem, dass *unabsehbare Rechtsunsicherheiten* auftreten dürften, die das Vertrauen in den Finanzmarkt unterminieren würden.

<sup>171</sup> Das Ende des (fiskalischen) Bankkundengeheimnisses im internationalen Verhältnis (u.a. automatischer Informationsaustausch) – als ein Beispiel – beendet nicht zwangsläufig die prinzipielle Vertraulichkeit von Bankkundeninformationen *innerhalb der Schweiz*; dass heftige rechtspolitische Diskussionen in den nächsten Jahren geführt werden, steht angesichts einer entsprechenden Volksinitiative fest.

<sup>172</sup> Im 19. Jahrhundert dienten Kantonalbanken noch als «Entwicklungsbanken für ihre Kantone» (NZZ Nr. 263 [2013], 21), was sich grundlegend geändert hat.

<sup>173</sup> Ohne massive Einschränkungen bei den Geschäftstätigkeiten wird m.E. bis in zwanzig Jahren *weniger als die Hälfte der (heute) 24 Kantonalbanken überleben*; zahlreiche Kantonalbanken sind schlicht Regionalbanken und folglich nicht besser als diese für die künftigen Herausforderungen vorbereitet; eine Staatsgarantie kann

(und darf) *keine «Weiterbestehensgarantie» bei Geschäftsproblemen* sein; in jedem Fall bedarf es einer *Professionalisierung* in den (politischen) Aufsichtsgremien bzw. in den «Bankräten»: PETER V. KUNZ, (Ver-)Klärungen zu Kantonalbanken, Nordwestschweiz vom 21. Juni 2013, 2 (Kolumne).

<sup>174</sup> Statt aller zum schweizerischen Konzernrecht: ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 24 *passim*.

<sup>175</sup> Pro Konzern kann es nur *eine einzige* Obergesellschaft («Muttergesellschaft», «herrschendes Unternehmen») geben in Bezug auf die Untergesellschaften («Tochtergesellschaften», «Enkelgesellschaften», «abhängige Unternehmungen») gibt es *keine Maximalzahl*.

<sup>176</sup> Die *Konzernleitung* kann unterschiedlich begründet werden, und zwar in aller Regel durch *Stimmenmehrheit* und seltener durch Personalunion oder durch Vertrag.

<sup>177</sup> Der Meinungsstreit betrifft in erster Linie die einfache Gesellschaft: HENRY PETER/FRANCESCA BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 70 (1998), 113 ff., v.a. 117 ff.; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL HUBER, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 70 (1998), 213 ff.; HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont (parfois) des sociétés simples – une duplique, in: Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 131 ff.

<sup>178</sup> Im Detail zur Thematik: PETER V. KUNZ, Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation, ZBJV 148 (2012), 354 ff.

<sup>179</sup> Bei den *Publikumsgesellschaften* dürften wohl fast alle Unternehmungen zu einem Konzern gehören (funktional regelmässig als Obergesellschaften).

## b. Entwicklungen

Die «Begründung» und Weiterentwicklung des Konzernrechts erfolgte bisher weniger durch Rechtsetzung als vielmehr durch *Rechtsanwendung*, und zwar insbesondere durch zahlreiche Gerichtsurteile<sup>180</sup>. Nichtsdestotrotz haben Unternehmensgruppen eine Vielzahl von Rechtsnormen in Gesetzen oder in Verordnungen zu beachten<sup>181</sup>; es gibt indes *keine Konzernrechtskodifikation* (anders als – vereinzelt<sup>182</sup> – in ausländische Ordnungen).

Seit Jahrzehnten wird eine rechtspolitische Debatte geführt, ob die Schaffung einer schweizerischen Konzernrechtskodifikation<sup>183</sup> angestrebt werden soll oder nicht; auf politischer Ebene gab es im Lauf der Zeit mehrere Vorstösse im Parlament in diese Richtung. M.E. wäre zwar eine (relativ umfassende) Konzernrechtskodifikation durchaus sinnvoll, doch vor Illusionen sei gewarnt: Eine schweizerische Konzernrechtskodifikation wird wohl *frühestens im 22. Jahrhundert* erlassen werden – sofern es die Schweiz dann noch gibt.

<sup>180</sup> Verschiedene Varianten der «Konzernhaftung» – insbesondere der *Konzerndurchgriff* einerseits sowie das *Konzernvertrauen* (BGE 120 II 331: «Swissair»; BGE 123 III 220: «Omni Holding»; BGE 124 III 297: «Motor-Columbus»; BGE 4A\_306/2009: «UBS») andererseits – wurden durch Richter «erfunden»; Hinweise: PETER V. KUNZ, Konzernhaftungen in der Schweiz, GesRZ 41 (2012), 282 ff.

<sup>181</sup> Auswahl zum *Gesellschaftsrecht*: Art. 23 f. FusG; Art. 8 Abs. 1 lit. c/lit. d RAG; Art. 11 Abs. 1 lit. a RAG; Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR; Art. 653 Abs. 1 OR; Art. 659b OR; Art. 662 Abs. 1 OR; Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR; Art. 727 OR; Art. 728a f. OR; Art. 731 OR; Art. 755 Abs. 1 OR; Art. 963 ff. OR; Art. 804 Abs. 2 OR; Art. 810 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

<sup>182</sup> Im Vordergrund steht das *deutsche Aktienrecht*: § 15 ff. dAktG sowie § 291 ff. dAktG.

<sup>183</sup> Die Diskussionen liegen relativ lange zurück; als Auswahl: ANDRÉ VON GRAFFENRIED, Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, Diss. Bern 1974, *passim*; JEAN NICOLAS DRUEY, Schweizerisches Konzernrecht – Traktandum des Gesetzgebers?, in: Festschrift für Arnold Koller, Bern 1993, 223 ff.